

论除斥期间

耿 林^{*}

摘 要 除斥期间在我国理论及实务中通常被理解为权利存在的预定期间,与诉讼时效相比,它具有适用对象唯一性(形成权)与期间不变性(不适用中止与中断规定)等特征。这些继受来的结论不够完整与准确,且缺乏理论证成。本文认为,广义的权利期间才是权利存在的预定期间,包括除斥期间与狭义的权利期间。除斥期间是须行使的权利的存在期间,属于特殊的权利期间,狭义权利期间无须关注权利行使。因为在除斥期间中,权利不行使常常影响特定的利益状况,造成利益关系的不稳定、不清晰,故须对行使行为予以特别规制。诉讼时效也属于限制权利行使的情形,但其后果却非限制权利本身。在受时间影响的权利制度中,根据影响强度差异,可由强到弱依次区分为一个制度序列,即权利期间、除斥期间、失权与时效。其中,时间对除斥期间的限制强度大于时效。除斥期间与诉讼时效在本质上即体现为限制强度的不同。影响强度的因素又取决于对相关利益状况保护的不同需求,即立法者须对权利人利益、相对人利益以及透过保护相对人所体现出来的法律安定等社会公共利益作出利益衡量,而具体的衡量尺度则属于立法政策问题。判断不同制度的根本标准在于利益分析,外在标准仅为初步标准。除斥期间与时效所保护的利益时有交叉,因此,仅从外部特征上对二者作出清晰区分,是困难的。

关键词 除斥期间 时效 权利期间 利益衡量 立法政策

除斥期间像很多法律概念一样,对我国来说,是一个移译的外来概念。然而,这个被人们

^{*} 清华大学法学院副教授。本文系在2015年9月26日《民法九人行》沙龙主题报告基础上修改而成。本次沙龙是《民法九人行》出版物第10卷的第2次沙龙活动,由王成教授主持。除报告人外,本次出席成员有(按发言先后次序):韩世远、申卫星、吴光荣、冯珏、龙俊、申海恩、宋鱼水、王成、姜强、李昊、许德风、王闯、戴孟勇以及崔建远教授。衷心感谢他们对本文的肯定,尤其感谢各位的批评、建议与慷慨智慧。本文的后期修改在很大程度上也是对这些批评或建议的回应,其中对一些批评或建议的着重回应,均在本文相关注释中予以了说明。感谢清华大学法学院常雯宜、张升超、刘金河、陈杨同学对后期文稿的认真校对,这避免了很多舛误;尤其是常雯宜同学在校对中提出的很多修改建议,使得文章修辞增色不少。

反复援引、看似内容清晰确定的概念——“权利存在的预定期间”，在理论与实务中却会带来无数的困惑。比如，著作财产权的期间是否属于除斥期间？除斥期间的适用对象是否必须是形成权？除斥期间一定是不变期间吗？撤销欺诈合同的仲裁裁决被法院撤销后，当事人再起诉时已过撤销期间，怎么办？这些问题的厘清，涉及到我们究竟应当如何去界定除斥期间的概念与本质。本文试图从比较法角度，对我国继受的除斥期间概念做出教义学上的梳理，希望由此引起学界对该制度基本原理的探讨，并能对我国正在制定的《民法总则》能有所贡献。

一、理论现状

(一)我国大陆

我国大陆学界自改革开放以来对除斥期间理论的认识，几乎惊人的一致。传统理论认为，除斥期间与诉讼时效〔1〕相对，是权利的预定存在期间。其客体是形成权，效果是实体权利消灭，其期间属于不变期间，因此不得中止、中断与延长，其起算点为权利成立之时，其利益不可抛弃，其立法精神是维护原有秩序。此外，法官对除斥期间应依职权予以适用。〔2〕

〔1〕为简洁起见，“诉讼时效”或“消灭时效”在本文中常被简称为“时效”。

〔2〕关于诉讼时效与除斥期间之间关系的论述，主要参见：①佟柔主编：《中国民法》，法律出版社1990年版，页606。这是我国改革开放以来法学教科书中最早一批涉及除斥期间内容的教材。最早的民法教科书1983年佟柔主编的《民法原理》即未提及该概念。直到90年代前后的教科书才较普遍地写入该概念，比如李由义主编的《民法学》（北京大学出版社1988年版）、佟柔主编的《中国民法学·民法总则》（中国公安大学出版社1990年版）等。其内容也均大同小异，主要是参考我国台湾地区的相关民法教材，将该内容编入。②佟柔主编：《中国民法学·民法总则》，中国公安大学出版社1990年版，页308—309。③郑立、王作堂主编：《民法学》（第2版），北京大学出版社1994年版，页141—142。④魏振瀛主编：《民法》（第4版），北京大学出版社、高等教育出版社2010年版，页204—206（魏振瀛执笔）。在适用范围（客体）的讨论中，该书认为，是否限于形成权，各国立法政策有异，并以承揽合同中瑕疵担保期间为例，有规定为消灭时效的（如《德国民法典》第634a条），有规定为除斥期间的（如《日本民法典》第637条），有规定为失权期间的（如《意大利民法典》第1667条第2款）。故适用范围问题属于制度设计问题，有待学理的进一步探讨与法律的明确规定。参见该书页205。⑤崔建远等：《民法总论》（第2版），清华大学出版社2013年版，页280—284。不过，该书作者在介绍除斥期间的分类时，还特别介绍了德国法理论上的严格除斥期间与减弱的除斥期间（关于这一区分，另参见黄立：《民法总论》，中国政法大学出版社2002年版，页500）。⑥王利明：《民法总论研究》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，页776—782。⑦梁慧星：《民法总论》（第3版），法律出版社2007年版，页240。⑧陈华彬：《民法总论》，中国法制出版社2011年版，页468—471。作者特别强调，适用对象上的不同，是除斥期间与诉讼时效之间最根本的区别，其他区别皆源出于此。参见该书页469。⑨徐国栋：《民法总论》，高等教育出版社2007年版，页401—403。该作者在书中特别指出1942年《意大利民法典》第2964—2969条关于除斥期间的规定。参见该书页402。不过，费安玲、丁枚翻译的《意大利民法典》1997年第1版，将“除斥期间”译为“失权”。参见费安玲、丁枚译：《意大利民法典》，中国政法大学出版社1997年版，页777—779。⑩朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2013年版，页533—534。作者论述的特殊之处主要在于强调主要适用形成权之外，还可适用于著作权中财产权的存续期间、因产品责任而产生的损害赔偿请求权等。此外，作者还强调，“除斥期间的共同点仅在于效力以及在适用于请求权时得准用有关诉讼时效的规定”。参见该书页533—534。⑪龙卫球：《民法总论》（第2版），中国法制出版社2002年版，页641。⑫马骏驹、余延满：《民法原论》（第3版），法律出版社2007年版，页245。⑬李永军：《民法总论》，中国政法大学出版社2008年版，页296—297。

这些基本观点也得到实务上的支持。最高法院早在 1999 年即以司法解释的形式间接确认了除斥期间属于不得中止、中断与延长的不变期间。^{〔3〕}之后,最高法院在另一个司法解释中直接使用了“除斥期间”一词来指称理论界认为属于除斥期间的情形。^{〔4〕}

直至近年来,或者由于接触更多德国法知识,或者由于来自实务的触动,铁板一块的知识体系开始受到部分质疑或得到拓展。比如认为除斥期间的客体主要是形成权,例外地也可能及于其他权利;^{〔5〕}对于混合的除斥期间,可能适用诉讼时效中有关中止的规定等。^{〔6〕}但是,从总体上来看,这仍没有超出我国台湾学者的知识范围。尤其是,对除斥期间理论在整体上的认识仍停留在传统体系中,缺乏深入研究。比如,孙瑞玺律师从实务角度反思了我国除斥期间理论的不足,认为除斥期间不应当简单地等同于不变期间。该作者所讨论的案例是,房屋买卖中因主张面积计算时存在欺诈而欲撤销合同的仲裁申请,被仲裁机构支持之后,法院随后撤销了该仲裁裁决。当事人再次提起诉讼主张撤销时,撤销期间已过。在该案例中,可否忽略仲裁占用的期间?对此,孙律师认为,固守不变期间的观念有碍案件审理的实质公正。德国混合的除斥期间理论承认有些情形下期间的未完成(或中止),可以公正地解决此类利益冲突问题。^{〔7〕}学者张鹏则从学理上质疑了传统学说上的不变期间观点,并对传统区分中关于除斥期间起算点的权利产生说等提出质疑。^{〔8〕}特别值得注意的是,张静在《诉讼时效与除斥期间之区分标准再辨析》一文中,从适用客体、法律效果、期间的起算、可否变更等方面,更为详细地对传统区分标准提出了质疑。^{〔9〕}崔建远教授则对解除场合下除斥期间的具体适用做了深入研究,认为约定的除斥期间期限过长时,法官可根据公平正义原则调整,同时还论述了《合同法》第 96 条第 1 款异议权的条件、期间确定等问题,^{〔10〕}后者被随后的“司法解释”与“答复”所重视与采纳。^{〔11〕}这些研究虽仍系从诉讼时效与除斥期间两种制度的比较角度研究其中的某些特征因素,但已触及除斥期间制度的根本。

〔3〕 《合同法司法解释一》(法释[1999]第 19 号)第 8 条:《合同法》第 55 条规定的“一年”、第 75 条和第 104 条第 2 款规定的“五年”为不变期间,不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。

〔4〕 2008 年最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第 7 条:享有撤销权的当事人一方请求撤销合同的,应适用《合同法》第 55 条关于一年除斥期间的规定。

〔5〕 王利明,见前注〔2〕,页 777-778;杨立新:《民法总则》,法律出版社 2013 年版,页 605。

〔6〕 崔建远等,见前注〔2〕,页 282。

〔7〕 孙瑞玺:“除斥期间不等于不变期间”,《中国律师》2010 年第 9 期,页 63。

〔8〕 张鹏:“诉讼时效与除斥期间区分标准之再探索”,《南昌高专学报》2006 年第 2 期,页 24-25。

〔9〕 张静:“诉讼时效与除斥期间之区分标准再辨析”,《研究生法学》2013 年第 1 期,页 23-30。

〔10〕 崔建远:“解除权问题的疑问与解答(上篇)”,《政治与法律》2004 年第 3 期,页 40。

〔11〕 2009 年第二批《合同法》解释(法释[2009]5 号),规定了异议权的行使期间;最高人民法院研究室 2013 年 6 月 4 日对前述司法解释第 24 条请示的“答复”(法研[2013]79 号)认为,成为适格异议权对象的解除权行使,必须符合《合同法》第 93 条、94 条规定的解除条件。

(二)旧中国及我国台湾地区

旧中国民法理论继受自德国,除斥期间理论也不例外。不过,旧中国与我国台湾地区关于除斥期间理论介绍的主要文献,都表现为教科书形式的基础论述,故理论引入均极为概括,体例上主要表现为时效制度的附带介绍内容,用以与时效进行对比。如出版于1944年的李宜琛教授的《民法总则》,就是在时效部分用寥寥数行指出除斥期间的含义及其具体特征,以与时效相区别。^{〔12〕}初版于1934年的梅仲协教授的《民法要义》亦然,仅指出除斥期间不同于消灭时效的权利消灭、客体不以请求权为限以及法院须依职权进行调查之等三方面特征。^{〔13〕}

我国台湾地区“民法”,继承了旧中国民法的基本内容。虽然因时代发展与学术进步,对除斥期间的介绍内容稍有丰富,但总体而言,台湾地区对除斥期间的研究在方法上仍系与消灭时效作简单对比。^{〔14〕}

(三)小结

我国大陆民法关于除斥期间理论,自改革开放以来,其基本走向与民法学科整体情形大体一致,前期主要沿袭我国台湾地区民法理论,近年出现明显的直接继受德国民法理论的现象。但是,关于除斥期间的基本知识体系主要均系在与时效制度的比较中提及,较少有深入的独立研究,故在总体上表现为我国大陆与我国台湾地区在除斥期间理论上的同质化现象。

除斥期间制度与时效制度相关联,都表现为时间对权利的某种影响。对我国民法来说,独

〔12〕 该书指出的二者之间的区别主要有:①除斥期间是法律所规定的权利存续期间,亦曰不变期间;②除斥期间与消灭时效似同而异;③具体差异有二:一为除斥期间无须有权利不行使之事实状态,二为除斥期间无期间中断、停止情形。参见李宜琛:《民法总则》(第7版),台湾“国立”编译馆出版,正中书局印行1980年版,页361。

〔13〕 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版(初版于1934年,大陆校勘新版主要系依1947年昌明书屋印行版校勘),页155。

〔14〕 关于旧中国及我国台湾地区学者的论述,主要参见:①史尚宽:《民法总论》(第3版),台湾正大印书馆1980年版,页562—563。该作者特别强调的是,德国民法就除斥期间区分有完全不中断与不完成的纯粹除斥期间,以及可准用时效中断规定或规定有特别中断事由的混合除斥期间;并认为“我国民法未为此区别”。参见页码同前。②李宜琛:《民法总则》(第7版),台湾“国立”编译馆出版,正中书局印行1980年版,页361。该书的特色之处在于,强调除斥期间无须有权利不行使之事实状态。③梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版(初版于1934年,大陆校勘新版主要系依1947年昌明书屋印行版校勘),页155。④王泽鉴:《民法总则》,北大出版社2009年版,页411—412。作者强调,并非所有形成权皆设有除斥期间。参见该书页411。此部分内容,与作者在中国政法大学出版社出版之同名著作(2001年版)相同(第518—519页)。⑤郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社2003年版,页493—495。作者主张,条文中凡有“请求权因若干年不行使而消灭”或“因时效而消灭”之字样者,则属于消灭时效;而仅有“经过若干年而消灭”之字样者,则为除斥期间(参见该书页495)。⑥施启扬:《民法总则》(修订第8版),中国法制出版社2010年版,页329。⑦黄立:《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,页497—501。作者对除斥期间论述篇幅较长。其特色之处在于:第一,在理论上介绍了德国学理上关于严格除斥期间与减弱除斥期间的区分;第二,梳理了诸多我国台湾地区“法”中所谓“边际案例”,特别是其中提及的第1146条第2项之继承回复请求权的行使期间(作者认为是时效期间而非除斥期间),以及第245条关于债权人撤销权经过10年不行使而消灭(作者同意1961台上字第412号判决观点,认为系除斥期间,而立法理由却认为系消灭时效)。

立的法律制度理论主要继受于德国。但是,由于我国民法对异域法继受的深入程度尚有待加强,我们对除斥期间制度的继受与理解仍停留在简单规则的层面,缺乏对制度深层原因、历史发展以及变化规则的进一步认识。

二、定义整理

(一)概念的产生

除斥期间是从德语移译过来的德国法上的概念。^[15]

德国法上的除斥期间概念没有太久的历史。因为早期时效的概念是在非常广泛的意义上使用的,它包括了各种时间对权利的影响,即不仅包括权利消灭或权利障碍的影响情形,也包括权利产生的影响情形。^[16] 19世纪末期之前,德国普通法时期对除斥期间的研究零星而未见系统与深入,名称更是不一而足。由于普通法学说对此涉略较少,时效与法定期间的区分也不清晰,因为罗马法完全忽略了法定权利期间。^[17] 对时效与法定期间区分首先加以系统研究的,当以1880年切尔诺夫策大学^[18]教授格拉魏因(Alexander Grawein)所著的《时效与法定期间》^[19]一书的出版为标志。格拉魏因教授对除斥期间研究的贡献主要在于,他第一次系统地指出研究除斥期间制度的重要性,并将除斥期间从“时效”制度中最终分离出来。不过,正像作者的书名所显示的那样,当时的“除斥期间”用法并不流行,普遍使用的概念仍然是“法定期间

[15] 该词(Ausschlussfristen, Präklusivfristen)系由“除斥”和“期间”构成的合成词。“除斥”对应的德文词是“Ausschluss”或“Präklusion”,有“排除”、“排斥”的意思,即权利被排除或排斥的意思,意指权利被否定,即权利消灭。“除斥”系“排除”之雅称。“期间”对应的德文词是“Frist”(复数为Fristen),顾名思义指一个时间区间(Zeitraum)。因此,除斥期间的字面意思就是排除或消灭权利的时间区间。

[16] Säcker/Rixecker/Grothe, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, Vormerkung (Vor § 194), Rdn. 1; Piekenbrock, Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung, 2006, S. 117 ff., 138 ff.

[17] Vgl. Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1880, S. 6-7. 在此阶段,一般的词语使用也与外行话相混迹,无论是因自身原因的消灭(Untergang)与还是因外部原因导致的效果被取消(Aufhebung),都一律使用“消灭(Erlöschen)”。Sehe, a. a. O. S. 22-24.

[18] 切尔诺夫策大学(Universität Czernowitz),现在是乌克兰的国立切尔诺夫策大学(Chernivtsi National University),位于乌克兰西南部城市切尔诺夫策。1875年设立时该地区属于奥匈帝国,主要教学语言是德语。设立之初,只设有三个系:希腊东正教神学、法学、哲学。

[19] Vgl. Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1880.该书的研究内容主要有四部分:导论、概念区分、实践区分和法政策区分。其中,最基础的是第二部分,最大篇幅的是第三部分。概念区分中,作者首先列举了权利消灭的各种不同表现(五类),然后探讨了时效与法律期间的本质,最后指出按照本质来具体区分两者的必要性与艰巨性。第三部分则从期间的起算、停止(不完成)、中断、长度变更、期间排除、期间经过的后果、法官对期间的考虑、期间经过后抛弃的效果、期间经过的证明、期间长度的新旧法冲突以及期间长度在法律空间上的冲突等9个方面,做了具体认定的分析。最后一部分指出了两种制度目的上的法政策性。

(gesetzliche Befristung)”。“法定期间”概念的使用甚至一直延续到 20 世纪上半叶。^{〔20〕}

罗斯托克大学马提亚斯(Bernhard Matthiass)教授于 1889 年在其《民法教科书》中最早将除斥期间(Ausschlussfristen)区分为纯粹的除斥期间与混合的除斥期间。^{〔21〕}这一区分此后为很多学者所接受。^{〔22〕}我国的史尚宽教授早在 1970 年就介绍了这种思想。^{〔23〕}拉伦茨教授则又从除斥期间中将权利自身的存在期间予以剔除,称之为“权利内容在时间上的限制”,^{〔24〕}与权利行使在时间上限制的除斥期间相并列。

在概念的名称上,《德国民法典》制定前,人们似乎常使用“权利的法定期限”(gesetzliche Befristung des Rechtes)、“法定期间”(gesetzliche Befristung, Legalbefristung)、“权利期间”(Rechtsbefristung)等表述。^{〔25〕}这主要是由于在当时的理论中除斥期间并未从权利期间中区

〔20〕 在《德国民法典》生效前后集中研究除斥期间的几部出版物中,均使用“法定期间”作为书名,尽管在正文中间或使用“除斥期间”。例如 Christian Weiss, Verjährung und gesetzliche Befristung nach dem Bürgerlichen Rechte des Deutschen Reichs.; Ottmar Rutz, Die gesetzliche Befristung, Eine bürgerlichrechtliche Untersuchung; in Rossbach, Sächsisches Archiv für deutsches bürgerliches Recht, Bd. 15, 1905, S. 757 (该作者在书中强调,反对通说,应建立一个独立的、不与消灭时效比较而存在的法定期间制度); Rosenberg, Verjährung und gesetzliche Befristung nach dem bürgerlichen Rechte des Deutschen Reichs, J. Schweitzer Verlag München, 1904, in Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jg. 49, 1905, S. 404 - 404; Schwalbach, Theodor; Gesetzliche Befristung und Verjährung, in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 20 = N.F Bd. 8, 1882, S. 265 - 284. 莱曼教授甚至在 1956 年的著作中仍将除斥期间称作“期间(Befristung)”, Vgl. Lehmann/Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 15. Aufl., Walter de Gruyter & Co. 1956, S. 368.

〔21〕 马蒂亚斯教授认为,除斥期间与时效的另一个差别是它的不确定(nicht mit Entschiedenheit durchgeführt);在很多情形中,与纯粹期间本质相一致,它既不适合期间的中断也不是适合期间的中止(纯粹除斥期间),而在许多其他情形中,中止或修正的中止既可能基于与时效相同的原因(例如 210、490-2、1002-2 等)规定,也可能因为特别原因(802)而规定(混合的除斥期间)。此时,两种制度也非常相似。Vgl. Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Berlin, Häring, 3. Aufl. 1899 1. Band, S. 263 = 4. Aufl. 190, S. 280 ff.

〔22〕 Vgl. Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1960, § 230 III, S. 1401 ff.

〔23〕 史尚宽,见前注〔14〕,页 562-563。该书第 1 版系于 1970 年,参考德文文献包括接受此观点的 Enneccerus/Nipperdey 的《民法总论》(1960),最新文献至 1967 年出版的拉伦茨的《德国民法总论》。

〔24〕 Larenz-Wolf, AT § 16 IV.

〔25〕 Leohard AT, Guttentag, 1900, S. 185 ff.;时效与法定期间(gesetzliche Befristung)绝非对立概念。(注释 2:参见 Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung, 1880, S. 22 ff.; Bekker, Pandekten I 38; Rehbein 300; Zitelmann 180)时效是期间的下位概念。在时效制度中,是为了保护相对人的证据安全而设定了期限,而不是为了保护权利自身。S. 186 不是时效的法定期间应与时效严格区分。《立法理由书》把法定期间称之为“除斥期间(Präklusivfristen)”,并强调,法典中凡是称时效的都会排除除斥期间。一般的除斥期间法律规则未见得有必要(注释 3:具体的特别规定见 124, 1, 212, 1339, 1571, 1594, 2082, 以及 Mot. 347;进一步区分,参见 Zitelmann, S. 180.)。有时,个别时效的基本规定可适用于除斥期间。(注释 4:Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Berlin, Häring, 3. Aufl. 1899 1. Band 263 = 4. Aufl. 190, S. 280 ff. 区分了纯粹的与混合的除斥期间,即与时效基本规定混合的 rein und gemischte Ausschlussfristen)。

分出来的缘故。后来也有使用“法定期间”(Legal Befristung)^[26]或“期间”(Befristung)^[27]的。为了突出与时效的区别,现在通常使用“除斥期间”(Ausschlussfristen;Präklusivfristen)一词;并且,在1888年《德国民法典》的《立法理由书》中除斥期间与请求权时效被做了严格区分,^[28]不过,德国民法典《立法理由书》中使用了“除斥期间”一词。^[29]不过,由于除斥期间概念在民法典制订时在理论上还不成熟与确定,德国民法典并未对除斥期间作出一般规定,也未在法典中使用除斥期间的概念。以上讨论的概念使用,均指德国学理及实务(包括《立法理由书》)中的用法。

(二)概念内容梳理:权利期间与除斥期间

从简单的历史回顾中我们可以看出,除斥期间从与之纠缠不清的时效制度中独立出来,这是除斥期间制度发展的重要阶段。之后,除斥期间与其一开始的通常称谓“法定期间”相一致,与狭义的权利期间合为一体,都是作为与时效相独立的权利自身存在的期间来理解的。此时,就时效而言,它纯洁了自身,因为时效成了专门指因请求权(或诉权)不行使而使权利行使受到抗辩权限制的制度,换言之,对已过时效的请求权来说,时效期间对权利自身并不发生影响。这时的时效概念是去除了杂质的技术性的时效概念(technischer Verjährungsbegriff)。^[30]因此,除斥期间与时效在理论上即被区分开来。

时效概念被纯净化,广义的除斥期间,或者更确切地说是广义的法定期间就被独立出来。权利的“法定期间”(广义)是必要的,因为并非所有权利都需要设置期间限制。就一般原则而言,对权利无须设置任何限制,这是权利人权利自由的体现。所有权是最典型的情形。我家的一本书,我是天天看它还是将其弃之一隅而长久不予问津,与他人无直接关系,并不构成对他人的利益的损害,法律自然也无须劳神费力为其设置期限限制。但是,用益物权则不然,很多用益物权建立在他人享有所有权的物之上,其设立通常都有期限限制。这些期限构成了用益物权内容的一部分。对这些权利期间来说,期间经过本身即导致权利消灭。

问题是,这种意义的权利期间是否涵盖了全部除斥期间的要件?换言之,权利期间概念是是否能够抽象出该概念之下的所有重要内容?回答应是否定的。

《物权法》第126条第1款第1句规定的“耕地的承包期为三十年”期间,就与《个人独资企业法》第28条规定的个人独资企业解散后债权人对原投资人履行债务请求权的5

[26] Ernst Zetelmann: Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches: Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, Leipzig, 1900, S. 180.

[27] Lehmann/Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 15. Aufl., Walter de Gruyter & Co. 1956, S. 368.

[28] Säcker/Rixecker/Grothe, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., Vorbemerkung zum § 194, Rdn. 10.

[29] 《立法理由书》采用的是来自拉丁语的外来词 Präklusivfriste 表述方法。现代更多采用的是与字面含义完全相同的德语固有词汇 Ausschlussfristen。这也许是为了尽量实现法律用语的德国本土化,并体现民族尊严吧。这种现象在德国很多法律概念中都有体现。

[30] Grawein, a.a.O., S. 6.

年期间以及《合同法》第55条规定的1年撤销权期间不一样。虽然它们的共同特征都是法定的权利存在期间,但对于前者来说,期间的存在与权利人的行使权利行为并无必然关联,至少在私法上是这样。换言之,权利人是否行使其权利,并非法律所关注的问题,法律要做的只是把期间因素加入到该权利的内容之中,以达到限制权利存在的效果。对于后者,权利的期间与权利人的权利行使行为密切关联,此时法律更多地关注权利行使行为,期间与不行使紧密结合在一起。因此,前者仅考虑时间因素,而后者须同时考虑时间因素与行使行为因素。正如一位德国学者所言,“法定期间(指狭义的权利期间——本文作者注)表现为权利的时间性(Temporalität eines Rechtes),对这一权利,立法者并不关心权利人会做什么,它只是设定一个终止期限,权利的存在从一开始仅仅依据确定的这个期限来计算。”^[31]这样,我们可对广义的权利期间再做区分,即将它们分为狭义的权利期间(以下简称“权利期间”)与除斥期间。因为除斥期间须以权利行使因素作为要件,因此它不是一个纯粹的时间限制,而是在形式上有点类似时效那样须通过限制权利行使行为来限制权利的存在。个人独资企业解散后,债权人对原投资人的履行债务请求权并非经过5年即自动消灭而可无视其他因素,恰恰相反,法律设定的5年期间是一个与债权人“未请求”行为密切关联的要求。只有5年期间加上债权人未请求,该请求权才消灭。这与权利期间相比就存在明显的要件差异。可见,在理论与实务中都有必要进一步发展一般权利期间理论,以便把除斥期间从广义的法定期间中区分开来。

如此区分出来的除斥期间,我们可以将其表述为:须向义务人行使的权利的存在期间,亦即权利人须在一定期间内以一定方式向义务人行使其权利,否则期间经过后该权利即告消灭。因此,除斥期间是广义的权利期间的一种,是权利存在的“预定期间”,经过该期间权利即告消灭;同时,除斥期间也不同于一般的权利期间,它不是单纯地对权利加以时间上的限制,而是对权利人的权利行使环节施加的时间限制。因此,无须向他人行使的权利,自然无设置除斥期间的必要,可能设置的仅是狭义的权利期间。比如前述农村土地承包经营权的期间^[32]等,从私法意义上说,它不会因权利人权利的不行使而丧失权利。可见,权利期间宣示着权利的时间存在性,而除斥期间同时具有权利的时间存在性与权利行使性的双重特征。这是除斥期间的规定性。

权利期间与除斥期间的区分并非总能被人们熟练运用。德国学理上也有将狭义的权利期间误看作除斥期间的情形,如将《著作权法》中规定的作者的著作财产权期间看成除斥期间,^[33]显然忽视了除斥期间的“需要行使”这一要件。因为对著作财产权来说,作者终身加死

[31] Christian Weiss, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jg. 50, 1906, S. 157 - 159.

[32] 建设用地使用权在通过出让方式取得时,基于公法上在一定期间之内的开发程度要求,严格说来,并非私法上的权利限制。由此可见,公法上也同样存在对私权所进行的期限限制,不过这不属于本文所要讨论的范围。

[33] 有德国学者在举例说明所有权可以成为除斥期间的客体时,列举的例证是德国《著作权法》第64条,著作权在著作权人死亡后70年消灭。Vgl. Säcker/Rixecker/Grothe, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., Vorbemerkung zum § 194 ff., Rdn. 10.

后 70 年的期间并不会受到权利人是否行使权利的影响,权利行使与否对著作权的存在不发生影响,正如其反复行使也无损著作权一样。这里的期限是一个单纯的期间限制,因此属于狭义的权利期间。不过,在没有区分狭义权利期间的年代,德国的这种观点是可以理解的。也许是受德国某些学者例证的影响,我国也有学者对此持除斥期间说。^{〔34〕}

在增加了权利行使的要素后,仍需要研究的问题是,时效制度关注的也是权利行使行为,它与除斥期间中的权利行使有何差异?是什么决定两者应分属不同的制度?对这一问题的回答,需要触及除斥期间的很多具体特征与本质。本质的差异下文会继续探讨。就现象而言,两者系不同制度当无疑义。首先,两者的不行使的效果并不相同。联系到前述权利存在性的分析,我们就清楚看出,时效中的不行使并不导致权利自身的消灭,而除斥期间则确定导致权利消灭。其次,时效中的行使仅仅是行使请求权一种,而除斥期间的行使方式则可以是多种多样的。它既可以是请求,也可以是其他,如领取提存物(《合同法》第 104 条第 2 款)。这些差异以及其他更多差异,在后文中将详细探讨。

(三)在适用对象上与诉讼时效的差异

长期以来,除斥期间的适用对象在我国学理上被绝对地表述为仅限于形成权。这实际上是对继受而来的除斥期间制度的误解。除斥期间的对象广泛,可以是任何权利,甚至可以是相当于权利的法律地位以及程序法上的权利与地位。

1. 适用对象的广泛性

我国传统理论主流观点均认为,诉讼时效适用于请求权,除斥期间适用于形成权。对于前者,当无疑义。自温德沙伊德将实体法上的请求权从罗马法的诉权中分离出来并被《德国民法典》所采纳之后,“诉讼时效”就被“请求权时效”所代替。因此,诉讼时效的客体仅指向请求权,自属当然。德国《民法典》中的“时效”(Verjährung)一词,实系“请求权时效”(Anspruchverjährung)的简称。^{〔35〕}至于其具体请求权范围,不在本文讨论之列。这里要讨论的问题是,除斥期间的适用范围一定仅限于形成权吗?^{〔36〕}

在 19 世纪德国民法理论中,除斥期间适用对象其实主要是以请求权为讨论对象的,也常常会提及撤销权情形。^{〔37〕}随着 20 世纪初形成权理论的产生,^{〔38〕}人们开始慢慢习惯用形成权来表述除斥期间的适用对象。但是,完整的德国法理论极少见到有像我国理论中通常表述的那样,把形成权表述成唯一适用对象。只有在用极少量篇幅介绍除斥期间理论的教科书中,人

〔34〕 王利明,见前注〔2〕,页 777;杨立新,见前注〔5〕,页 605。

〔35〕 *Hermann*, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bund 1, Mohr Siebeck, 2003, § § 194-225, S. 998-999, Rdn. 7-8.

〔36〕 甚至有学者认为,客体是否是形成权,是区分除斥期间与时效期间的唯一标准。参见马骏驹、余延满,见前注〔2〕之引注书。

〔37〕 Vgl. *Grawein*, a.a.O.

〔38〕 参见申海恩:《私法中的权力:形成权理论之新展开》,北京大学出版社 2011 年版,页 69-85。

们才会仅把形成权列举为除斥期间的适用对象。^[39]就笔者阅读范围来看,德国绝大多数资料在描述除斥期间客体时,都是完整描述一个广泛的除斥期间适用对象,即包括形成权等在内的所有权利。正如拉伦茨所说,除斥期间适用于一切权利:形成权、请求权、物权,以及其他权利或地位。^[40]因此,我们可以看出,从我们继受的除斥期间理论的源头看,形成权不是除斥期间的唯一客体。

再从实质关系上看,除斥期间的适用范围之所以如此广泛,是由除斥期间概念的规定性所决定的。除斥期间属于广义的权利期间的一种,其限制性内容仅在于可行使性。从这个意义上说,凡是须向他人行使的权利,甚至不构成权利的法律地位(广义权利的一种^[41])均可能成为除斥期间的对象。其实,我们也没有理由将形成权以外的须行使的权利排除在除斥期间客体之外;换言之,把形成权作为唯一客体,也没有得到应有的论证。作为除斥期间的对象,形成权常被提及是因为,多数形成权都具有潜在不稳定利益关系的特征,需要设置限制其行使的除斥期间;而且,形成权具有所谓“消耗性”特征(Verbrauch des Gestaltungsrechts),常在行使的同时就被消耗掉,从而消灭^[42]。毫无疑问,形成权并非天然作为除斥期间的客体,因为就产生历史而言,形成权的出现要晚于除斥期间,所以,如前所述,德国早期学说关于除斥期间的例子常是请求权。

此外,从具体例证上我们也能看出,其他权利与地位其实也均可能成为除斥期间对象。前例之个人独资企业解散后的赔偿请求权,即是请求权作为除斥期间适用对象的情形;《合同法》第104条第2款关于提存物领取权,即属于物权作为客体的情形(相当于《德国民法典》第382条^[43]);《合同法》第158条关于检验期间的规定,即属于法律地位的情形,是一种程序性的异议权或瑕疵通知权;诸如此类的情形还有许多。其实,程序法中类似地位享有的除斥期间规定

[39] 例如,科勒教授在其《民法总论》教科书中未专门论述除斥期间,仅在介绍形成权时提及一句,“形成权的行使常常受一定期间(除斥期间)的拘束。”(Vgl. H. Koehler: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 25. Aufl. 2001, § 17, Rdn. 12, S. 273.)布洛克斯法官在介绍除斥期间时也极其简单,并将客体表述为“除斥期间主要对形成权进行限制”(参见(德)布洛克斯:《德国民法总论》,张艳译,中国人民大学出版社2014年版,第278页,边码667)。梅迪库斯教授的简单表述更易引起误解:“除斥期间适用于形成权”(参见(德)梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,页89,边码99),以至于我国有学者据此认为,德国“学者也持除斥期间客体限于形成权观点”(参见付小川:“担保物权为除斥期间客体之质疑”,《法学杂志》2009年第5期)。然而,梅迪库斯表述中并未强调“限于”形成权。而且,虽然他未使用“主要适用于”的表述,但从其关于除斥期间的简短表述中可以看出,其表述系非完整表述一类。

[40] Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 9. Aufl., München 2004, § 16 IV, Rdn. 41, S. 291-292.

[41] 广义的权利(Berechtigung),指做某事的权利或许可(das Recht oder Erlaubnis, etwas zu tun)(Vgl. Langenscheidt Grosswörterbuch Deutsch als Fremdsprache, Langenscheidt Berlin und München, 2003, S. 151.)。拉伦茨教授用该词来概括各种主观权利以及权能、取得期待、受领管辖等法律地位。Vgl. Larenz/Wolf, a.a.O., § 13, Rdn. 24-30.

[42] Vgl. Larenz/Wolf, a.a.O., § 15, Rdn. 76.

[43] 该条在德国法理论中常被当作物权因除斥期间而消灭的例子。

更多,比如举证责任的期间即是一例。^[44] 这些情形也不适宜作为特殊情形看待,因为从相对完善的德国立法例来看,这些情形并非个别现象,而形成权作为客体时也不是没有例外。更为重要的理由是,如前所述,除斥期间概念的产生要早于形成权概念的产生,早期的除斥期间理论主要是以请求权而非形成权作为常见客体的。

就除斥期间与时效的关系而言,尤其在针对请求权时,除斥期间与时效还可以同时规定,而不构成冲突。典型的例证是《德国民法典》第 651g 条。该条的第 1 款第 1 句规定,“对于依第 651c 条至第 651f 条产生的请求权,游客应当在合同规定的旅游终结之后的一个月内,向旅游举办人主张。”接着,该条第 2 款又规定:“游客依第 651c 条至第 651f 条所享有的请求权,经 2 年完成时效。时效自依合同旅游应当结束之日起算。”学理及实务均认为,第 1 款期间是除斥期间,第 2 款期间是时效期间。之所以这样规定,是因为旅游活动中的一些争议极易时过境迁,证据难以收集,故立法者希望通过较短的除斥期间来尽快结束这种不确定关系。但是,向旅游举办者做出的看似纯粹事实通知的异议通知,实际上也构成请求权实现的条件。因此,它也属于一种有利的法律地位。未经过除斥期间的请求权,随后受时效制度调整,但期限不是从除斥期间要求的行为实施开始,而是仍从旅游依约结束之日起算。^[45] 这种情形很容易让人联想到我国的保证期间与诉讼时效的关系。关于保证期间性质的争议在我国不绝于耳。^[46] 但是,解开固守的除斥期间客体束缚,问题会迎刃而解。对此下文会继续予以讨论。但是,我国对此后的时效期间起算,原则上采取的是接续模式,即在除斥期间要求的权利行使行为实施之后,开始计算时效期间(《担保法》解释第 34 条),而非德国法那样的同时模式,即时效的起算点与除斥期间的起算点相同或大致相同。

2. 关于“或有期间”

有学者针对保证期间与买受人的异议期间,提出了“或有期间”理论。^[47] 中国法学会民法典编纂项目领导小组秘书处与中国民法学研究会秘书处 2015 年 4 月 20 日公布的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(征求意见稿)》第八章第六节,即在第四节“除斥期间”

[44] 德国法理论中列举的除斥期间客体无限制的通常例证是:适用于形成权的有:§ 121 基于错误的撤销期间的规定,§ 124 基于欺诈胁迫的撤销期间规定,§ 532 关于赠与撤回权的排除期间规定,§ 626 第 2 款关于因重大事由终止雇佣合同的行使期间的规定,§ 1944 第 1 款关于继承抛弃的行使期间的规定;适用于请求权的有:§ 651g 第 1 款关于游客向旅游举办人主张请求权的除斥期间 1 个月的规定,§ 801 第 1 款句 1 关于无记名证券兑现请求权提示期间 30 年的规定,§ 864 基于侵夺或妨害的占有回复或除去妨害请求权消灭期间 1 年的规定;适用于物权的有:§ 382 关于债权人对所提存金额权利的消灭期间 30 年的规定,§ 562b 第 2 款句 2 关于有益租赁出租人对承租人携入物享有质权时,在质物被取去时交付请求权因未诉讼而消灭的除斥期间 1 个月的规定;适用于其他权利与法律地位的有:§ 148 关于要约规定的承诺期间的规定等。Vgl. *Larenz/Wolf*, a.a.O., § 16, Rdn. 41; *Säcker/Rixecker/Grothe*, *Münchener Kommentar Vorbemerkung zum 194 ff.*, Rdn. 10.

[45] *Säcker/Rixecker/Tonner*, *Münchener Kommentar*, 6. Aufl., Vorbemerkung zum § 651g, Rdn. 1 ff.

[46] 参见奚晓明:“保证期间与诉讼时效”,《中国法学》2001 年第 6 期,页 58。

[47] 王轶:“诉讼时效制度三论”,《法律适用》2008 年第 11 期,页 16。另参见王轶:“诉讼时效制度三论”,载崔建远主编:《民法九人行》(第 7 卷),法律出版社 2014 年版,页 104—107。

和第五节“失权期间”之后,规定有“或有期间”(节标题名称,其下内容共有两条)。〔48〕所谓“或有期间”是指“决定当事人能否获得特定类型请求权的期间”。〔49〕当事人在或有期间内行使了一定行为,即可获得相应类型请求权,反之,未行使时,则不能获得该请求权。具体而言,例如债权人如未在保证期间内根据《担保法》第26条第2款要求连带责任保证人承担保证责任的,其就不能获得要求保证人承担保证责任的请求权。其实这里所谓“要求保证人承担保证责任的请求权”的“特定类型请求权”,〔50〕实质上是债权人所享有的对保证人的“担保权”。立法者如果希望为了尽快明确债权人与保证人之间的担保关系,完全可以对此设置除斥期间,从而要求权利人在一定期间内实施行使权利的行为,否则丧失其享有的“担保权”。因此,既有理论可以很好地解释这种现象,而无需另行设计新制度。

同样,对买受人的异议期间来说,买受人的“异议”属于一种瑕疵通知义务,但同时也是一种法律地位,即广义上的权利(Berechtigungen),从而构成买受人的“异议权”。这种“权利”属于一种程序性权利,因此它属于除斥期间调整的类似于权利的法律地位情形。其存在期间属于除斥期间。

此外,“或有”所强调的不确定性,即瑕疵通知后可能获得的“对出卖人主张违约责任承担请求权”〔51〕,并非程序性权利期间的内容本身,因此不是异议期间的直接对象,而仅是其衍射的后果。这种衍射后果属于与此衔接的瑕疵审查制度所直接规制的范围,即瑕疵担保制度的调整范围;瑕疵通知后须对瑕疵的存在进行实质判断,当确定瑕疵实际存在时,根据《合同法》第155条结合第111条的规定,买受人对出卖人享有基于瑕疵担保责任的请求权。可见,一个制度的外在效果并不是这个制度本身构成的一部分。衍射效果通常都是通过其他独立制度来实现其与前制度之间的衔接的。也就是说,概念本质的规定性来自于该概念自身而非外界。可再举一例来说明:所有权概念考虑的本质要素是所有权人直接对其物的全面支配性,至于其是亲自支配还是通过协议由他人来支配,这种进一步的后果,则是与所有权制度相衔接的用益物权、租赁等其他制度调整的范围,而无需、也很难将所有后续相关制度都纳入一个所有权制度中来规定。

可见,拓展除斥期间的适用范围后我们就会得出,保证期间属于除斥期间,即担保权人(债权人)主张担保利益的期间。由于该期间经过,担保利益(“担保权”)消灭,保证人不再承担保证责任,因此保证期间性质上不属于诉讼时效。而且,在除斥期间制度中,行使的权利(例如一般保证中对主债务人的主张)和消灭的权利(例如,对保证人的“担保权”),也无须一致。因此,如果一定要从行使主张行为的后果上来定性该期间的性质,就是超出该期间本身的任务范围去评价该制度。一个独立“或有期间”制度并无存在必要。

〔48〕 参见《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(征求意见稿)》, <http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?29169>, 中国民事法律网, 最后访问日期:2015年9月12日。

〔49〕 王轶, 见前注〔47〕, 页16。

〔50〕 引号中系王轶教授用语。参见王轶, 见前注〔47〕, 页16。

〔51〕 引号中系王轶教授用语。王轶, 见前注〔47〕, 页16。

三、制度的基本特征^{〔52〕}

从历史与逻辑角度得出的静态除斥期间概念,并未深入展示其自身的构成原理。为此,有必要进一步分析该制度的基本特征。这里的基本特征主要着眼于除斥期间与相关类似制度之间的异同。

(一)权利的时间限度是除斥期间制度的最基本特征:权利的时间性

任何权利与时间的结合,都表现为时间对该权利的某种影响:开始、结束、停止、中止、重新开始(中断)等,这就是法律制度中时间对权利的影响。时间作为一个实在的维度,总是以不同方式规定着权利。只不过,就法律关系而言,如果没有法律意义,法律不会予以关注。比如,所有权在产生之后,即处于时间维度中。这是一个自然现象,没有特别的法律意义,法律无须关注它。然而,任何权利都开始于一定的时间,这是事物的“开始”,否则无法断言其已经存在,因此它有法律意义。但是,它却不一定表现为对权利的限制。因为,通常它仅系权利发生的一个起点,就如同婴儿的出生一样,我们不能把出生时间看成是对婴儿存在的限制。时间一直就在那里,并未构成阻碍因素,只要其他存在因素满足,时间自然会充分该存在。可是,如果我们把这里唯一的时间因素看作是对权利产生的阻碍的话,像附条件(条件存在于时间中)、附始期的行为那样,它也就有了“限制”的意味。

真正构成时间限制的是时间使其存在结束,也就是说,权利存在因期间的经过而结束或消灭。显然,在这种情形下,时间构成了对已存在权利的存在阻止。原本存在的撤销权、请求权或者提存物所有权,因为时间的经过而被法律规定为不再存在。无此限制,权利可能依旧存在,因为权利存在的其他构成要素并没有发生改变或发生实质改变。与此相符合的情形是狭义的权利期间与除斥期间,因为这两种制度都是权利的存在自身因时间的经过而消灭,差异仅仅是后者在前者的纯粹时间要素之上添加了权利不行使这一新要素。也就是说,狭义的权利限制是纯粹的时间限制,而除斥期间是基于一个行使行为而对权利存在施加的限制(权利不行使的消极后果)。需要区别的是,这里的时间限制是主动设置的时间限制因素,而非自然的权利消灭时的时间关系。比如所有物因实体毁灭而消灭,该消灭必然发生在一定时间中,但并非时间导致其消灭,其仅系消灭在时间中而已。

还存在另一种与此类似的权利限制情形,即不是限制权利存在自身,而是仅限制权利的行使——权利的一个十分重要的功能。就是说,时间对权利的限制方式可以是多种多样的,限制行使是其中的另一种方式。这就是我们在通常的时效制度中所看到的情形:权利长期不行使以至于经过了时效期间,导致权利可能不得再行使后果的发生,而权利本身并不消灭。所以,这时限制的情形,是权利的一项重要内容受到了限制,权利的主动行使功能从权利人角度来说

〔52〕 本文第三、第四部分,从标题到部分内容,在报告之后都重新做了清晰化处理,有的变更了标题,有的增设了小标题,有的内容重新改写。这些完善工作,得益于沙龙讨论中众多成员提出的批评建议,他们是:冯珏博士、王成教授、戴孟勇教授、姜强博士、李昊教授以及许德风教授等。

被削弱至零。尽管权利自身仍然存在,但其主动寻求实现权利的路径被堵死,从这一意义上说,它也“消灭”了。^[53]

失权制度(Verwirkung),也称为权利失效,也是一种权利行使受到限制的制度。权利失效是基于诚实信用对权利滥用的限制,不过它也不是权利自身的消灭。^[54]我国理论与实务中也都有承认失权制度的情形。^[55]最高人民法院曾通过司法解释,^[56]确立过类似失权制度的规则。我国也有学者主张应在未来民法典中确立失权规则。^[57]但是,无论如何,这些制度中权利在行使方面都被不同程度地限制了。不过,如果像我国有学者认为的那样,失权制度被看作权利本身消灭的情形,^[58]那么,失权与除斥期间的差异就不体现在权利的限制行使与权利本身消灭的差异上,而体现在对行使要求的强度上,因为失权必须要以权利不行使而使他人产生信赖为要件,并且该他人依此对自己的生活已做出了安排。

由此可见,时间对各种权利制度的限制性影响是权利制度与时间之间关系的特征,时间对权利的限制性作用构成了各种权利制度所需要考虑的共同因素。但是,对除斥期间而言,限制的内容是权利存在自身,对时效与失权而言,则限制的仅为权利的行使行为。

(二)限制强度差异决定了除斥期间与其他相关制度的不同

在前述分析中我们不难看出,时间对各种权利的限制情形,是可以按照影响程度的不同予以排列的。如此观察,在我们面前就会呈现出一幅不同程度的时间对权利限制的现象序列:狭义的权利期间、除斥期间、失权和时效。它们的共同本质均表现为时间对权利的某种限制,但是程度却渐次减弱。狭义的权利期间被限制得最强,这是因为时间因素在这类权利中的影响是不容分说的,是无需考虑其他任何因素的,是一个纯粹的时间限制,且导致最强的限制效果——权利消灭。除斥期间位居其次。因为从权利消灭的后果上看,它与狭义的权利期间本属同门,但是它在时间限制因素之外,仍需有权利行使的要件要求。忽视这一点,则要么把狭义的权利期间归并到除斥期间之中来,要么把除斥期间归并到一般权利期间之中,这都混淆了两者之间的应有区别。时间对时效的限制体现在权利行使本身上,因此其强度弱于前两者,况

[53] 德文语境中,早期学界常把权利消灭的情形,叫“消灭(Erlöschen)”,而权利行使被限制被说成是“取消(Aufhebung)”,因为后者被看做是由于事物外部原因阻碍其效力发挥。Vgl. *Grewein*, a.a.O. S. 24.

[54] “失权仅仅使权利行使不被允许,但并不排除权利本身。”Vgl. *Larenz/Wolf*, AT des BGB, 2004, § 17, S. 296, Rdn. 56.对此,德国学者有不同认识,也有主张权利消灭的。Vgl. *Soergel/Teichmann*, § 242, Rdn. 343.

[55] 我国理论上的观点,参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),北京大学出版社,2009年,第158页;杜颖、谢鸿飞:“论权利失效原则”,《河北法学》1998年第5期,页53-55;实务中的观点,参见山东省青岛市中级人民法院(2010)青民二商终字第562号民事判决书,即关于解除权因失权而不得行使的判例。转引自王洪平:“论权利失效规则及其法典化”,《法学论坛》2015年第2期,页26。

[56] 《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》(1984年)第50条:继承开始后,在分割或处分遗产时,继承人明知而未主张权利,事后又要求继承的,一般不予支持。

[57] 参见王利明:《中国民法典学者建议稿及立法理由:条文·立法理由·参考立法例》,法律出版社2005年版,页504。

[58] 王利明,见前注〔2〕,页458;王洪平,见前注〔55〕,页26。

且时效期间还有中断等各种延长期间的可能性。位阶复杂一点的是失权。从法律后果上看,失权同样不会使权利本身消灭,这与时效后果相当,但从构成要件上看,失权除需要权利不行使这一要件外,还须结合其他要件,例如不行使导致对方信赖其不再行使,并因此做了不再行使的相应安排等。更多的构成要件限制,决定了其成立的难度更大,故权利受限的强度就低。但是如果从其他角度观察,结论会相反——因为失权效力限制也有强于时效的地方,如法官对失权应依职权行使、失权期间不存在中断的情形、失权是永久的因而事实上相当于部分权利终结等。^[59]特别是考虑到失权在法律后果上实际相当于部分权利的终结,我们完全可以把它看作限制强度高于时效限制的情形。

虽然存在共同本质特征,然而,各种受时间限制的制度之间的差异,尤其是除斥期间与时效之间的差异,本质何在?这时须把目光集中在时间限制制度的内部来考查其差异。如果说本质也可以区分层次的话,那么在权利限制这一共同本质特征之下,再进一步比较它们之间的差异,就会发现,不同强度的差异决定着不同的时间限制制度。在上述四种具体受时间限制的制度中,毫无疑问,存在本身受限是最根本的、致命的,其他方面的限制则属于相对一般的和有条件的。对权利存在本身的限制是对限制对象自身的否定,正是在这一意义上,包含除斥期间在内的广义权利期间被看成是权利的时间性(Rechtstemporalität)^[60];而权利行使的限制相对较弱,因为它并没有否定权利自身。尽管从社会经济效果上看,对权利行使的限制后果常常也与权利不存在无实际差别,但两者之间的性质差异之处却依旧不容忽视。正是性质上的差异,使得不同强度的时间限制制度之间存在着可能的不同效果,即对权利消灭型的时间限制制度来说,权利消灭的后果是确定的,而对权利行使限制的时间限制制度来说,权利受影响的后果主要是为了保护相对人的利益,换言之,在相对人不主张或者表示放弃所保护利益的时候,权利人的权利行使依然可以有效存在。

可见,除斥期间限制的是权利本身的消灭,是质的限制;时效限制的是权利的行使行为而非权利本身,属于相对非质的限制。因此,除斥期间与权利期间(狭义上的)具有同质性,同样表现为“权利的时间性”,而时效的质的规定性仅表现为“权利行使上的时间性”,失权则倾向于与除斥期间具有相同的本质,时间对其限制的强度则介于除斥期间与时效之间。当然,如果时效制度采日本的权利消灭说,则时效制度即与权利期间一样也具有了同质性。因此,在时间对权利发生影响的各种具体制度中,除斥期间与时效的根本区别在于时间对效力影响的程度上的差别。

除斥期间经过则权利本身消灭,这是除斥期间与诉讼时效之间的最根本差异,是判断二者属性的首要标准。例如,《民法通则》第137条句2所规定的20年期间,虽然不适用中止、中断的规定,但仍属于诉讼时效,因为该期间经过消灭的不是该请求权本身,而是权利人的请求权受到限制。对此,1988年《民通意见(试行)》第175条作出了非常正确的解释。

这里需要附带讨论的是,在我国继受的时效理论中,常有“立法精神”理论,即除斥期间的

[59] Vgl. Larenz/Wolf, a.a.O., Rdn. 56.

[60] Grawein, a.a.O., S.23.

立法精神是为了维护原有的法律秩序,而诉讼时效的立法精神则相反,维护的是新秩序。这种说法并不准确。首先,从抽象概念上分析,以郑玉波教授的表述为例,^[61]其所谓“新”秩序与“旧”秩序,实际上被偷换了概念,即,未在同一层次上做比较。因为,在除斥期间中,“行使”=新秩序(变更),“不行使”=维持;而在时效中,“行使”=原秩序(维持),“不行使”=新秩序。可见,抽象的概念推演不具有逻辑等量关系。因为,仅就概念逻辑而言,除斥期间是将期间经过的效果放在权利本身上,所以会发生以前存在而以后不存在的变化,“不行使”仅仅是权利变化的条件;时效则是将期间经过的效果放在“行使”本身上,故“不行使”状态在时效经过后继续保持,“不行使”是以后不得行使的条件。两者都是以“不行使”作为条件,但是它们为条件设计的后果却不同。如果说不行使的权利相当于死权利,则除斥期间经过前后的秩序也无变化,都是维持相当于没有权利的状态,这与时效制度并无差别,只是为除斥期间设置的时间经过后果更重而已。

其次,从制度调整的利害关系角度看,这一表述也并不准确。以王泽鉴教授所举的案例为例。对除斥期间来说,“原秩序”的观察不是放在除斥期间的一般概念要件上,而是放在其背后的利害关系上。^[62]因此,撤销权经过后,原来的合伙关系继续存在。同样,对于请求权来说,原来的能够行使是原秩序,经过时效后请求权受到限制,形成了新秩序。这种解释清晰了许多。但是,由于两种制度调整的利害关系非常复杂,利害关系层次也不同,从利害关系角度分析常常不能得出一致的结论。例如,当除斥期间指向请求权时,其利害关系结构与时效中的利害关系相同,故至少应与时效效果相同;如指向物权时,例如提存物取回权,未行使时权利消灭,也发生旧秩序消灭的效果,这也与时效中的效果相同。并且,时效制度也具有维持原有秩序的情形,如德国法理论上所一直主张的时效制度所要保护的最重要情形:保护非债务人的情形。^[63]非债务人是指原本就不是债务人,比如他已经清偿过了,或者因为其他原因被误认为是债务人的,这种情形最需要时效制度来帮其解困,因为其证明自己为非债务人有时很困难。时间的经过(即时效)可以化解这种尴尬局面。^[64]对实际债务人来说,其权利在时间经过前

[61] “除斥期间所维持之秩序,为继续存在之原秩序,盖因除斥期间经过而消灭权利,以其行使为原秩序之变更,以其不行使为原秩序之维持故也;而消灭时效所维持之秩序,乃反于原有秩序之新秩序,盖因消灭时效完成而消灭之权利,以其行使为原秩序之维持,以其不行使为新秩序之建立故也。”参见郑玉波,见前注[14],页494。

[62] 参见王泽鉴,见前注[14],页411。

[63] “时效的主要目的是保护被不法主张的非债务人(Hauptzweck der Verjährung ist Schutz des zu Unrecht in Anspruch genommenen Nichtschuldners).” Vgl. *Motive*. I 291.

[64] 虽然根据194以下可能仅仅是一个实际存在的请求权会经过时效,时效的主要目的是减轻被人请求的虚假的债务人对无理的恶意请求的防御,因此保护了非债务人(不是债务人的债务人 Nichtschuldner)(Mot I 291, BGH BB 93, 1395)。对于合理存在的请求权来说,时效的正当性在于债务人保护思想与法律和平思想。保护债务人。时效是保护债务人利益不可放弃的法律制度。“时间的黑幕力量”(Mot I 512)会恶化债务人的举证地位,而时间的经过同时会为他带来补偿。Vgl. *Heinrichs/Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl. 2003, § 194, Überblick,(=Ellenberger/Palandt, 72. Aufl. 2013) Rdn. 10.

与经过后都一直存在,只是从行使角度看,时效经过前的不行使在时效经过后依旧不得行使。

诚如王伯琦先生所言,除斥期间制度“创设之理由,在维持社会之现有秩序,亦与消灭时效同”。〔65〕然而,这里关于除斥期间维持现有秩序之“内质,与消灭时效,适得其反”的论述,〔66〕则值得商榷。因为,所谓“消灭时效进行中,行使权利为原有秩序之维持,在除斥期间进行中,行使权利为原有秩序之变更”,〔67〕其实亦系就外部特征而言,而非“内质”。理由如下:对于一次行使即实现目的的除斥期间情形,自然表现为行使行为使得“原有秩序变更”;而对于非一次行使即可实现目的的除斥期间情形,例如对象是请求权的除斥期间,则行使本身并不会实现权利的目的,此时,原有秩序并无变更。因此,看似“内质”的特征,仍不过系行使行为带来的权利后果的外在表象。〔68〕

(三)具体的时间因素不决定时间对权利影响的性质

时间除一般性地对上述制度发生影响之外,时间的影响方式还可以表现在各种不同的具体方面,如时间的长度、停止、中止与中断、约定变更、放弃以及延长等。显然,这些具体时间因素共同构成时间对权利的影响。但是,是否每一个具体因素都与一般意义上的时间影响一样,会对权利发生同等质量的影响呢?其实,这些具体的时间因素,在性质上均属于在“量”上对权利发生影响的因素,因为这些因素通常均不构成效力影响中的“重要的”和“决定性的”因素。

因此,受时间影响的不同制度差异,主要并不取决于时间因素自身。时间对权利发生本质影响也好,非本质影响也罢,时间因素本身是一个人为设定的因素,人们用时间来限制权利的某些方面的效力发挥,甚至限制权利存在本身,只是把时间作为一种限制的手段。这只有从具体的时间方面才可以看得更加清晰。对此,本文第五部分将再做展开。

于是我们需要追问,时间对权利发生不同强度的影响,其背后的原因是什么?为什么要对一种制度采取质的限制,而对另一种制度采取量的限制呢?这一问题的回答需要联系制度的目的与本质进行思考,正是目的决定着我们对不同制度的不同性质设定,因为毕竟这些制度都是人为设计的制度,是为一定目的与利益关系而创设的人类制度。显然,它不是单纯的逻辑推演。

四、制度背后的利益分析

任何法律制度都旨在调整一定的利益关系。离开利益关系去分析制度,就无法看到制度的本质。本文以下将从除斥期间制度背后的利益关系分析入手,再通过与诉讼时效制度中的利益关系比较,最后落脚到制度背后不同利益关系之间的衡量,以此来展现除斥期间制度的独

〔65〕 王伯琦:《民法总则》(第8版),台湾“国立”编译馆出版,正中书局印行1979年版,页235。

〔66〕 同上注,页236。

〔67〕 王伯琦,见前注〔65〕,页236。

〔68〕 关于王伯琦先生观点的进一步讨论,感谢沙龙讨论中申海恩教授的质疑意见及随后提供的资料。

立性及其与诉讼时效制度之间的关联性。

(一)除斥期间背后的利益关系

与上述制度特征的分析相关联,这里的分析还得从除斥期间的本质特征——权利消灭与权利行使——说起。

1. 从“权利行使”特征看

在除斥期间概念中突出强调“权利行使”要素,主要是因为该制度调整的权利总是直接涉及到特定他人的利益。虽然从广义上说,所有权利的存在都会影响到他人的利益,但是,除斥期间所限制的权利,在对他人发生影响时,总是或多或少存在着某种不清晰或不稳定因素,可能会导致他人(义务人)处于某种不应有的不确定状况或某种不便利状况。比如在撤销权与解除权等形成权场合、个人独资企业解散时的债权人偿还请求权以及提存权利人提取权行使场合,都存在权利不行使会给义务人利益状况带来一定程度的不确定或不便利。

这种不确定或不便利状态可能是由权利自身性质决定的。例如撤销权,单方享有的干涉与他人之间的法律关系的权利一直高悬在相对人头上,自然是一种不确定关系;因错误而有权撤销与他人订立的合同之人,如长期不行使撤销权,他人的利益关系就命悬一线,长期处于不确定状况,这自然是公正的法律所不能漠视的。除此之外,不确定或不便利状况也可能是法律过多地给权利人分配了某种利益所造成的,此时,设置除斥期间正是为了缓和与平衡给义务人造成的过重不便后果。例如前述个人独资企业一例,对个人独资企业的债权人来说,虽然该债权人在该企业解散之后享有向原出资人追偿其原债权的权利,但是在企业的面纱被揭开后,要求其背后的原出资人长期处于战战兢兢的威慑状态,同样有失公允。

总之,需要保护的利益关系状况,可能以各种具体形态表现出来,非列举所能胜任,但似乎均可归纳到义务人利益关系不确定或不便利。反之,如无此类须保护利益的状况,自然无需设置除斥期间制度。例如,对同样属于形成权的抵销权来说,法律并未为其设置除斥期间。这是因为互负同等债务本身就意味着抵销适状当事人双方均相互负有担保义务,因此任何时候实施抵销都符合双方利益,不存在任何一方的不便利或不公正状况;相反,双方随时可以主张抵销,才符合其利益状况。

我们可能会说,所有狭义权利期间中的时间限制也会涉及其他人的利益,特别是约定产生的权利期间。例如,当事人约定产生的租赁期间。但是,权利期间与他人之间的利益关系是明确的,而非不确定或存在不应有的不便利。因此,租赁期间是在出租人与承租人之间明确约定的权利存在期间,是为了实现对他人财产在一定时间内加以利用的目的。法定的权利期间,如著作财产权期间,其本不存在所谓特定的他人,因此不会直接涉及第三人利益,自己通过复制、出版、演绎等方式利用自己作品,本与他人利益无关;而自己将自己的作品束之高阁,更与他人利益无直接关系。由此可见,狭义的权利期间无须关注权利行使,因为这些权利是否行使本质上与他人无关,或者不存在与他人之间的不确定利益关系。

2. 从“权利消灭”特征看

狭义权利期间和除斥期间一样,都以权利消灭为特征。因为在除斥期间制度中,法律安全

与明晰占主导地位,债务人保护等利益则退居次席。〔69〕

在权利期间(狭义)中,使权利消灭的目的可能是多种多样的。例如,用益物权的期间限制,主要在于维护单一所有权制度,否则所有权即被永久虚有化,会造成“多重所有权”的存在。这属于一种制度性的公共利益。与此类似,合同约定的租赁期间也有类似功能,不过在租赁关系中期间的限制还有控制租赁关系双方利益均衡的作用,故《合同法》第214条规定租赁合同期限不得超过20年。专利权等知识产权中的一些期限限制,则主要是为了鼓励创新。这也是一种公共利益。狭义权利期间的制度目的主要是这些纯粹的公共利益,至少它无须像除斥期间那样需要考虑义务人利益不确定状况。这与权利期间的纯粹权利时间性特征是一致的。

立法者对形成权、请求权等设置除斥期间,希望尽快消除债务人的不确定或不便利状态,但是,立法者同时也着眼于一个更高的价值目标,即谋求法律关系的明晰与安定。实现法律关系明晰化与法律关系的安定,体现的是法律对法律秩序利益的追求,因此,它超越了当事人个体的自身利益,而上升为一种社会公共利益。除斥期间的手段在于,通过时间限制来催促权利人尽快行使其权利。当规定了一个期间,尤其是期间较短时,它在客观上起到催促权利行使的效果;而尽快行使了权利,法律关系也就尽快被确定下来,从而实现了法律关系的明晰与安定。

正是这种社会公共利益的大旗,才使得在除斥期间中法律对权利存在的强烈干预具有了更多的正当性。这在除斥期间的法律效果中表现得非常清楚:除斥期间经过并不导致针对续存权利的纯粹的抗辩后果,而是自动导致在程序上法官须依职权考虑的权利消灭后果。这与诉讼时效须当事人主动援引法官方可适用明显不同。我国《时效规定》对此作出明确解释。〔70〕在适用除斥期间时,司法权力直接介入,体现出法律对除斥期间制度的强制干预色彩,而无须当事人自己对除斥期间所涉及权利利益状态的关注,以体现法律对法律安定与和平利益的保护。这是法律调整两制度的重要手段,也是两制度间清晰性的重要区别特征。

3. 除斥期间的复合利益保护

如上所述,除斥期间一方面保护了义务人利益,另一方面保护了社会公共利益。这两种保护目的同时集中在一个制度之中,因此,除斥期间所保护的是特定他人利益与公共利益所构成的复合利益关系。

从制度设计角度而言,在这一复合利益关系中,法律并非对这两种利益给予同等保护。相反,此时保护的重点不是义务人,而是权利所涉及利益关系的不确定状况,即社会公共利益。对侧重于保护义务人(债务人)的情形,后文会进一步分析,那是属于诉讼时效制度的保护目

〔69〕 Säcker/Rixecker/Grothe, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., Vorbemerkung zum § 194 ff., Rdn. 10.

〔70〕当事人未提出诉讼时效抗辩,人民法院不应就诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。

的。因此,我们可以说,除斥期间对义务人利益的保护是法律保护法律安定与明晰这一公共利益的同时,“过路”保护的一种利益关系。义务人是在搭便车,是被动地搭了社会公共利益保护的便车。法律对这种搭便车利益又积极地赋予了义务人,而不将其视为不当得利。当然,也有例外。比如,《合同法》第104条中权利人所丧失的所有权,被法律规定为国家所有。〔71〕

拉伦茨教授则更具体地区分说,短期除斥期间的目的主要是为了另一方当事人,部分地也为法律交往在总体上能尽快实现法律安定,因此它也创造了计划安定与支配自由(Planungssicherheit und Dispositionsfreiheit)。对于长期的除斥期间来说,法律的清晰居于首要地位。〔72〕“社会交往迫切要求最终结束不稳定的法律关系”。“满足这种生活需要的可能手段就是这样一种思想:把来自现实世界的各种变更性与否定性的时间影响,带到权利这一精神世界之中。正如时间可以抚平一切,时间也应该可以填平沉默的权利与无权。”“这一思想的正当性基础是,对一直长期弃置权利的援用并由此搅动那些产生了权利而长期被遗忘的事实,会导致交往的巨大危险,因为声称权利人的相对人或者完全与该案无关,或者很难证明该人所主张权利的证据不足或所发生的后果。”〔73〕

(二)与诉讼时效中的利益关联

除斥期间背后的利益关系与诉讼时效中的利益之间,关系较为复杂。

首先,时效的保护利益具有多样性。

时效制度的最直接目的在于保护债务人。债务人可以分成两种,一是假的债务人,一是真的债务人。假债务人,即非债务人,是指虽然实质上不是债务人但自以为享有债权的人将自己当做债务人,这既有过去是债务人但现在因已清偿等种种原因而不再是债务人的情形,也不排除其他恶意诬赖的情形。正如德国学者所言,根据《德国民法典》第194条以下规定,虽然可能只是实际存在的请求权才会经过时效,但时效的主要目的是减轻被人请求的虚假的债务人对无理恶意请求的防御,因此保护了非债务人,即不是债务人的债务人(Nichtschuldner)。〔74〕而对于真实债务人来说,一项请求权如果长时间不行使,就会产生了一个习惯性依赖(Gewöhnungheit),太晚提出请求就会改变已经长期存在并接受的法律关系,因此,在很多情形下,就会给权利人的主张带来不安全的法律交往状况。时效制度针对的正是这些情况。时效制度既保护债务人因时间经过而产生的证明困难(Beweisnot),也维护债务人的处分自由与规划安全,因此债务人不必重返不确定的过去状态,也不必在自己不知道是否会被请求的情况下而时刻准备着履行。对债权人来说,当他知道请求权存在而长期不主张的时候,也可以认为

〔71〕 同样的情形,德国立法例下规定的是由义务人(即原债务人)享有所有权(《德国民法典》第382条第2分句),只有在原债务人经过除斥期间未领取时,才归国家所有。Vgl. *Heinrichs/Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl. 2003, § 382.

〔72〕 *Larenz/Wolf*, a.a.O., Rdn 42; *Piekenbrock*, a.a.O., S. 20.

〔73〕 *Grawein*, a.a.O., S. 208—209.

〔74〕 *Heinrichs/Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl. 2003, § 194, Überblick, Rdn. 7.

他对认真实现自己的请求权没有任何利益。^{〔75〕}对此,《德国民法典》的《立法理由书》明确表明债务人保护系时效制度的主要目的。^{〔76〕}这种观点在德国学理^{〔77〕}与实务^{〔78〕}中均属代表性观点。^{〔79〕}

时效在保护债务人利益的同时,也起到保护法律和平与安全的目的。因为,时效背后的思想是,长期未被触及的事实状态从法律和平与法律安定意义上看应当承认它是合理的,应当鼓励间接法律交往参与人在一个透明的期间中主张其法律地位。^{〔80〕}因此,“时效正当性的更重要理由是法律和平与法律安全思想。时效同时也服务于对公共利益的保护。长期未予否认的事实状况必须予以承认,因为它符合法律和平与法律安定利益。”^{〔81〕}拉伦茨教授也指出,时效也服务于公共利益,具体而言即是法律和平与法律安定。法律交往需要明晰的关系,因此应当防止法律状况的黑幕,例如后来根据一个长久以来已经遗忘了的事实去主张一个法律请求权,就令人担忧。^{〔82〕}

由此可见,法律和平与法律安定是时效制度保护的重要利益,这种利益属于一种社会公共利益。它不是凭空产生的,而是基于对债务人利益保护这一更具体的形式表现出来的。也就是说,时效制度在保护债务人利益的同时,也起到保护法律和平与安全的社会公共利益作用。法律通过限制债务人与债权人之间的债务关系,以使其不能发挥作用的方式,清理了其间的法

〔75〕 *Larenz-Wolf*, a.a.O., § 17, Rdn. 3.

〔76〕 Mot I 291.

〔77〕 Enneccerus 与 Nipperdey 教授认为,“时效的原本目的(der eigentliche Zweck)是对实际上不负有义务的人的保护,Vgl. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1960, § 230 I 4 b)S. 1399, Notiz 1;Larenz/Wolf 教授也在其教科书“时效的目的”标题下首先就指出,“时效主要服务于保护债务人”,Vgl. *Larenz/Wolf*, a.a.O., Rdn. 3, S. 297;《慕尼黑民法典评注》也开宗明义认为,“时效首先在于防止利用恶意的、突如其来的或者超乎预料的要求,因此应当同时有利于非债务人和债务人”,*Grothe*, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2015, Vorbemerkung (Vor 194), Rdn. 6.不过,也有学者首先强调抽象的法律和平与法律安定。Vgl. von Tuhr, AT. des BGB, 2. B. 2. H, 1957, S. 507; Wendtland, Verjährung von Ansprüchen, Rdn.1, S. 22, in: Das neue Schuldrecht, Beck München 2002.

〔78〕 Vgl. BGH BB 93, 1395;此外,由来自实务界的法官们编写的著名的 Palandt 评注书《帕兰特民法典》在论述时效的目的时也是首先强调了债务人保护。作者认为,时效是保护债务人利益不可放弃的法律制度。“时间的黑幕力量”(Mot I 512)会恶化债务人的举证地位,而时间的经过同时会为他带来补偿。需要保护的还有债务人的处分自由,即他不能为自己过去的行为设立无限制的储备金,因此必须无论什么时候都有权仅仅因为时间的经过而直接拒绝该请求权(den Anspruch ohne Eingehen auf die Sache zurückzuweisen)。Vgl. *Heinrichs/Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl. 2003 (= Ellenberger/Palandt, 72. Aufl. 2013), § 194, Überblick, , Rdn. 8.

〔79〕 *Säcker/Rixecker/Grothe*, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., 2015, Vorbemerkung (Vor § 194), Rdn. 6.

〔80〕 Witt: Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 — Dasneü Verjährungsrecht, JuS 2002, 105.

〔81〕 *Heinrichs/Palandt*, a.a.O. Rdn. 9.

〔82〕 *Larenz-Wolf*, a. a. O., § 17, Rdn. 7; Mansel /Jauernig, Kommentar zum BGB, 15. Auflage 2014, § 194, Rdn. 6.

律联系,从而使得债务人能够以简化了的、清楚的身份,与其他间接法律关系参与者再发生法律联系。

此外,时效制度还能起到尽早结束法律关系以加速经济交往的功能。因为,较短的时效期间促使当事人能尽快行使权利,清结法律关系,促进了经济交往。不过,这只是时效的一个附带目的。^{〔83〕} 时效在瑕疵担保制度中甚至还具有市场导向功能(Marktsteuerungsfunktion)。^{〔84〕}

总结一下,我们可以看出,时效制度的保护利益具有多重性,即它既保护债务人,也保护法律和平与安全,甚至能起到服务于市场导向以及尽早结束法律关系以加速经济交往的作用。

其次,多样性的时效目的之间具有相互包含性。

在多样的时效目的中,并非一个目的绝对地对应着某个具体的时效情形。尽管在有些学者看来,短期间的时效目的在于保护债务人,而长期间的时效目的在于维护法律和平与法律安全这一社会公共利益。^{〔85〕} 但是,这种说法也不是绝对的。因为,如果不考虑目的强度差异,无论短期还是长期时效,我们都可以从中看出并存的两种制度目的的身影。因此,也许《帕兰特评注》的作者、不莱梅州高级法院法官海因里克斯(Heinrichs)的表述更为谨慎,他写道:“时效同时也服务于对公共利益的保护。长期未予否认的事实状况必须予以承认,因为它符合法律和平与法律安定利益。”^{〔86〕}显然,他强调了这些目的是“同时”存在的。

这种同时存在的目的即便对于“附带目的”的催促尽早结束法律关系也不例外。正如海因里克斯法官所说,“时效同时也服务于经济交往的需要,以加速法律关系的结束,^{〔87〕}以及使法院从陈年的争议中解放出来。”^{〔88〕}只不过是,在短的期间中催促得更紧迫一些,而在长的期间中实际上也同样存在着催促的效果,只不过催促的作用变小很多而已,因为如果没有长的期间则双方的权利悬置状况仍将继续,永无休止。关于长期间的例子,2002年以前的《德国民法典》关于30年一般时效期间的规定即非常典型。

需要特别指出的是,这里同时发挥作用的不同目的,在时效制度中并不具有同等重要性。不同国家以及同一国家的不同时期对不同的功能可能会有不同的理解。比如,将时效的法律后果设计成实体权利消灭的制度,会更强调时效的公共利益功能,日本即其适例。在德国,过去对时效制度的理解更偏重于对社会公共利益的保护,这从时效制度的强制性特征上即可看出,因为时效期间原则上不允许通过约定变更(原《德国民法典》第225条);2002年德国《债法现代化法》则将时效规则原则上视为任意性规范,据此,时效制度的基本目的自然要解释为更注重债务人的利益保护,方符合制度上的逻辑自洽性。我国现行法律及学理仍持公共利益保护说。但是,由于日本以最强的效果来设计时效制度,故除斥期间功能在时效适用范围内即被

〔83〕 *Heinrichs/Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, a.a.O. Rdn. 10.

〔84〕 *Säcker/Rixecker/Grothe*, Münchener Kommentar, 7. Aufl., Vorbemerkung zum § 194, Rdn. 8.

〔85〕 *Larenz-Wolf*, a.a.O., § 17, Rdn. 7.

〔86〕 *Heinrichs/Palandt*, a.a.O. Rdn. 9.

〔87〕 BGH NJW 83, 390.

〔88〕 *Heinrichs/Palandt*, a.a.O. Rdn. 11.

时效代替；德国过去采用较强态度对待时效时，仅配置以对时效期间约定的限制，涉及权利消灭效果时仍让位于除斥期间；而我国的除斥期间仅限于形成权的“通说”地位似乎有些尴尬。

第三，除斥期间与时效制度的目的重合性。

在法律或权利的清晰与安定目的方面，时效制度与除斥期间之间存在着保护利益上的重合。特定当事人之间法律关系的清晰与安定，间接涉及当事人与其他人交往时的法律环境的清晰与安定，从而表现为一种社会公共利益，这一点在除斥期间与时效制度中是同时存在的。

对功能完全重合的两种制度来说，其相互独立存在的价值就需要被怀疑或特别予以证明。不过首先需要予以说明的是，这里的重合仅是部分的重合，因为权利的安定与清晰是除斥期间的基本或唯一目的，而在时效制度中法律的安定与清晰则仅为众多目的之一。

其次，真正存在问题的是，就存在目的重合部分而言，如果二者在社会公共利益保护功能上具有同样的强度，则如何解释法律制度因何要在此种场合配置权利消灭后果，而在另一种场合配置抗辩权发生效果呢？在我国现行制度下，由于对时效制度的目的采纳公共利益保护说，自然就容易造成与除斥期间制度在目的上不易区分的后果，也会使得法律制度在设计中目的分工不明确，从而导致法律规则适用上的不清晰甚至混乱。因此，合理的逻辑安排自然是：由于除斥期间通过时间的限制对权利的存在做了最强程度的干预，因此，使其承担维护公共利益的使命，自然是恰如其分。因为除斥期间制度首先追求的是更明晰法律关系的安定效果。“除斥期间制度的目的直接追求的是不稳定法律关系的尽早消除，但在效果上间接有利于义务人。”^{〔89〕}相应地，把更多地对当事人利益保护（首先是债务人）功能分配给诉讼时效制度去完成，而使社会公共利益功能在时效制度中处于相对附随的地位。这样，虽然两种制度都具有保护特定当事人利益与社会公共利益的目的，但在分工上有所侧重，在制度设计上就更为合理。

总之，无论如何，重合本身说明两种制度之间存在目的上的亲缘性，从而决定两者在外在规则形式上的相同性。^{〔90〕}

（三）不同利益之间的衡量

制度目的的实现最终需要考虑制度背后的利益关系。面对复杂多样的目的关系，立法者和司法者所要做的工作就是对不同利益关系做出衡量，从而适当地判断：何种利益应当优先保护以及应当采取哪种手段或方式保护。

1. 利益衡量

对除斥期间与时效这两种制度来说，需要权衡的利益是：从当事人之间的利益到法律或权利安定与和平利益的谱系化过渡。就是说，这里的利益关系不是两极化的，而是呈现出复杂的连续变化过程，是一个从偏重个人利益保护到社会公共利益保护的完整谱系化图景。因此，从

〔89〕 Vgl. *Piekenbrock*, *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung*, Mohr Siebeck 2006, S. 504.

〔90〕 *Piekenbrock*, a.a.O., S. 19.

立法层面看,就法律干预程度而言,越是偏向于个人利益方向时,就越应选择较轻度的干预;反之,越是偏向于社会公共利益方面时,则应干预越强。因此,大而言之,偏向于个人利益时,应更倾向于配置时效制度,反之则应更多考虑除斥期间。对于趋向于模糊的中间地带,则需要根据具体场合的利益关系,酌情决定是否将时效制度中的某些规则适用到除斥期间情形中去。具体来说,则是在期间的一般长度确定的前提下,酌情判断是否需要利用具体的时间因素,如时间的起算、中断、中止、停止等因素,以及是否可依意思变更期间等其他情境因素,加以微调,以实现利益调整的精细化。因为,“权利变化(消灭或产生拒绝抗辩权)在评价层面上的合理性,通常不在于时间本身,而仅在于‘时间的流逝’中发生的特定情境之中。”^[91]从司法层面看,在期间性质不明确时,法官应像立法者在制度设计时那样去思考,根据具体场合下的法律制度利益关系来判断期间的性质,进而决定诉讼时效的相应规则是否可以适用于除斥期间情形。任何一刀切的做法都可能与对谱系化利益做精细调整的要求不相符合。

就利益衡量所需考虑的具体因素而言,衡量的一端是权利人或债权人利益,另一端是义务人(或债务人)与社会公共利益。后者的具体内容已如前述。须注意的是,在时效与除斥期间的不同场合下,它们的重点与强弱程度应具体判断。前者须针对不同类型的权利做不同的考虑(包括立法者设计法律制度时的考虑):人身权、物权、知识产权、债权、形成权、程序性权利以及相关利益的法律地位等。这些权利与义务人以及社会公共利益比较,哪个更值得保护,保护的程序如何。这里的利益关系非常复杂,很难概括出一般规律。总体而言,越是重要的权利,例如人身权、物权等,越应慎重使用除斥期间制度。然而,对于程序性权利以及具有程序性质的形成权,在符合权利行使不确定性特征时,则可更多考虑设置除斥期间制度。多层次的利益考量也是十分常见与必要的。例如,物权中的所有权,甚至用益物权,在配置除斥期间制度时须十分谨慎,反之,对于担保性物权则可适当放松。

2. 法政策

毫无疑问,这种利益衡量工作与法政策有着千丝万缕的联系。因为,利益衡量的本质是,一方面要考虑应对权利的不确定性或迟延实现的危害性予以排除,即排除权利期间过长的不当或危险法律状况,^[92]这其中既涉及义务人利益,也涉及社会公共利益,另一方面也要适当考虑权利人的利益。衡量的具体标准是由法政策决定的,因此在不同国家、同一国家的不同历史时期都可能有着完全不同的利益分配方案。所谓法政策,是立法者在制订法律时对当前及未来利益格局所做的把握与选择,是带有政治性质的利益调和策略。这是法律制订环节所要面对的困难抉择领域,同时也是法律适用环节的法解释工作所要面对的困难抉择领域。它是法律中的一匹“桀骜不驯的野马,你不知它将带你奔向何方”。^[93]因此,它也极具争议性,不同的人可能会有完全不同的认识。兹举数例加以说明。

[91] *Piekenbrock*, a.a.O., S. 19.

[92] *Grawein*, a.a.O., S. 207 ff.

[93] *Richardson v. Mellish* (1824) 2 Bing. 229, 252, per Burrough J.

第一,关于担保物权的期间限制。德国法对抵押等担保物权并未设置除斥期间。抵押权原则上只有在其所担保的债权消灭的时候才消灭。^[94]而且,根据《德国民法典》第1181条规定,这里的债权消灭还必须是债权人就所抵押的土地强制拍卖^[95]而受清偿时,抵押权才消灭;否则,他可能法定转移给所有权人或其他债权人。《德国民法典》第216条(原第223条第1款)则明确规定,抵押权、质权等不受请求权时效的影响。就技术性规则而言,这是考虑到物权担保具有从属性,而其所从属的债权即便经过诉讼时效期间以后债权本身也未消灭,故担保物权自应不受影响。^[96]这里法政策考量的应当是,担保物权作为一种财产权,其在实质上相当于所有权本身;并且鉴于登记本身的公示性,其权利状况的清晰性也无须担心。

不过,在我国法上,法律规定一直在变化。1999年《担保法》第52条、74条以及88条第1项关于抵押权、质权以及留置权消灭的规定(以债权消灭为条件),在本质上属于对这些权利未设置除斥期间。因为,作为从属性质的担保权在主权利消灭时消灭,乃自身地位使然。因此,这一规定与德国法制度本质相同。但是,2000年最高人民法院关于《担保法》司法解释(法释【2000】44号)第12条第2款,却改变了《担保法》规定的性质,为抵押权设置了除斥期间,即应在“诉讼时效结束后的二年”内行使,只有这样,人民法院才会“予以支持”。准此以言,抵押权期间的性质与我国台湾地区“民法”规定相似(仅期间略长,即5年;第880条),性质自然也可以同解,即为除斥期间。因为此时抵押权被看作“不占有标的物之物权,自不宜令其久悬,有害于抵押人之利益”。^[97]这权且被当作法政策考量的依据。2007年《物权法》第202条则进一步规定,抵押权须“在主债权诉讼时效期间”内行使,否则,“人民法院不予保护”。如可以与前述担保法司法解释在性质上做同解,则差异在于期间被进一步缩短。^[98]如此,则在我国大陆无法政策直接依据时,似乎可暂按我国台湾地区学者的解释理解。即便将《物权法》第202条看作一种类似于时效的独立制度,也仍然可以看出:立法政策在不断变化,一种从侧重保护制度性的公共利益,到侧重保护义务人(抵押人),再到侧重保护权利人(抵押权人)的变化趋势。可见,对同一制度,立法政策会处于不断变化中,它反映着对利益考量态度的变化。

第二,关于《个人独资企业法》第28条。本文反复举例的《个人独资企业法》第28条关于个人独立企业解散后债权人须在5年内向债务人提出“清偿请求”,否则原投资人的“偿还责任”“消灭”。这里,本文再次对其从法政策分析角度予以说明。在个人独资企业的外部债务关系中,实际存在三方关系,即债权人——债务人(个人独资企业)——投资

[94] *Wieling*, Sachenrecht, 4. Aufl., Springer, S. 447.

[95] *Säcker/Rixecker/Eickmann*, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2013, § 1181, Rdn. 2.

[96] *Säcker/Rixecker/Grothe*, Münchenme Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2015, § 216, Rdn. 1.

[97] 谢在全:《民法物权论》(下册),中国政法大学出版社1999年版,页682。

[98] 当然,这一规定也可能有不同的解释,即,从立法用语的“不予保护”,可以推导出抵押权不因抵押债权罹于时效而消灭,因为抵押人自愿以抵押物清偿的,并不受限制。这似乎是一种更类似于时效的独立制度。参见崔建远:《物权:规范与学说》(下册),清华大学出版社2011年版,页829、页493-495。

人。因此,本质上,这里规定的是原投资人对个人独资企业债权人所承担的担保责任。^[99]只不过,这里的“原投资人”实际上是个人独资企业解散前的投资人;而“债务人”本应系指个人独资企业,但在解散后企业已不复存在,实际上由“原投资人”代替“原企业”承担了连带责任,故应转指“原投资人”。

根据该法第2条规定,“投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任”。但是,第28条考虑到解散后企业“实体”已不复存在,且在经过正常清算程序之后,原投资人应继续承担清偿责任,但如果“原投资人”的担保性清偿责任一直都存在,有责任过重之嫌(这里涉及到“政策”考量问题)。因此,立法给出一个清算后的5年期作为提出主张的权利行使限制期间。为使这种关系清晰化,不拖泥带水,法律并未适用更多保护债权人利益的诉讼时效制度,而是选择了除斥期间制度,让权利在期间经过后直接消灭。

其实,与此类似的规定也出现在1997年的《合伙企业法》第63条的规定中。可以说,这与《个人独资企业法》第28条具有相同的法政策考量。不过,该条在2006年《合伙企业法》修订时被修改为无期限地承担无限连带责任,即删除了5年除斥期间的规定,而直接表述为“合伙企业依法被宣告破产的,普通合伙人对合伙企业债务仍应承担无限连带责任”。^[100]这一修改,可以看作立法政策的变化,即在合伙人与债权人利益衡量时,利益的钟摆又摆回到有利于债权人一边。显然,在这一利益紧张关系中,债权人的利益与债务人的利益以及透过债务人所体现出来的法律安定的社会公共利益,孰轻孰重,不同时期的立法政策可能会有不同的理解。这也是非常正常的现象。^[101]

五、作为调整手段的时间

本文以上已分析了除斥期间与诉讼时效背后的利益关系与制度目的。对不同目的与利益关系的实现,除采取后果安排与法官依职权干预等手段以外,立法者在法技术上还常常采取对时间的起算、停止、中止与中断等因素进行调整的措施来达到调整目的。

(一)法定时间因素

1.期间长度

除斥期间的长度与时效一样,长短不一。在多样性方面,除斥期间的长度要比时效

[99] 这是根据许德风教授在沙龙讨论中提出的观点所做的补充。他认为此处可以比照保证人与债权人之间关系处理。深值赞同。

[100] 参见《合伙企业法》第92条第2款。

[101] 该条规定:“合伙企业解散后,原合伙人对合伙企业存续期间的债务仍应承担连带责任,但债权人在五年内未向债务人提出偿债请求的,该责任消灭。”感谢戴孟勇教授在沙龙讨论中援引该法的规定,并做了立法条文变迁的对比。不过,戴教授认为,对照新修改的《合伙企业法》第92条规定,可以认为《个人独资企业法》第28条实际上是当时做出的一个错误规定。笔者认为,这种不同认识本身就是由对法政策的理解差异所造成。

期间复杂一些。以我国现行法为例,较长的如《合同法》第75条第2句规定的债权人撤销权期间,即5年。《合同法》第104条第2款规定的债权人领取提存物期间也是5年。较短期间的情形,如《物权法》第19条第2款第2句对异议登记后的异议之诉期间规定为15日。若考虑到无具体期间的除斥期间情形,则有更短的期间规定,如《合同法》第23第1项:对以对话方式作出要约的承诺期间,须“即时”作出。德国法上最长除斥期间比我国要长很多,如有很多30年的规定。^[102] 期间跨度可以通过时间上确定的界限或者通过一个不确定的概念如《德国民法典》第121条第1款第1句的“不迟延地”来确定。^[103] 我国一般诉讼时效期间较为整齐且较短——2年,而较长的特殊时效期间则有20年的(《民法通则》第137条)。

无论是除斥期间还是诉讼时效,较长的期间通常更多体现出对社会公共利益的保护。拉伦茨教授甚至根据期间的长短在除斥期间中区分侧重对一方当事人的保护还是对使法律清晰的社会公共利益保护。期间长度在一定程度上反映了立法者对利益关系保护的态度。对于重要的权利,如所有权,立法者通常都会选择相对较长的期间,如提存物领取。程序性权利的除斥期间相对较短,如前述对异议登记的异议期间。但是,期间长度对利益关系调整的功能较弱,因为很难说德国关于提存物领取的30年期间规定就体现了德国制度比我国制度更强调对公共利益的保护。

2. 起算

我国民法理论中几乎以一致的声音认为,时效期间的起算点是(知道或者应当知道)权利可以行使之日,而除斥期间的起算点是权利产生之日。^[104] 对此持不同意见的声音比较微弱。^[105] 但是,不同声音的质疑也不是没有道理。期间起算点在两制度间并不是清晰的绝对差异因素,而仅系相对因素。原因在于,虽然从纯理论上说,除斥期间所排除的权利自然应是从权利产生以后的全部权利状态,因此从权利产生之日起算也符合通常道理;与此相对应,时效期间的起算则可以更灵活一些,因为时效的效果仅是向后地限制尚未实现的权利的行使。但是,从利益关系考量上看,如果适用除斥期间的权利尽管产生但其客观上处于产生后即无法行使的状态,机械地规定期间从开始产生时计算,无异于直接否定这种权利的存在。因此,在必要时,必须考虑起算时当事人的主观因素,使除斥期间像时效一样也可以从权利能够行使时开始计算。例如,我国《合同法》第55条规定撤销权的起算点就是从权利可行使之日(知道或应当知道撤销事由之日)。我国《合同

[102] 如《德国民法典》§ 801-1 句 1 关于无记名证券兑现请求权提示期间为 30 年, § 382 关于债权人对所提存金额权利的消灭期间为 30 年等。

[103] Säcker/Rixecker/Grothe, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., Vorbemerkung zum § 194 ff. Rdn. 10.

[104] 见前注〔2〕。

[105] 参见张静,见前注〔9〕,页 25;张鹏,见前注〔8〕,页 24。

法》第75条则在一条规定之中还同时以两个标准规定了不同的除斥期间起算点。^[106]这是除斥期间制度在保护公共利益的同时,对权利人利益保护的平衡。实际上时效期间通常也是以权利能行使而未行使作为起算时点的。这在我国法中称作“知道或应当知道权利被侵害之日”(《民法通则》第137条第1句)。德国法关于时效期间起算的规定显得更为具体与灵活,即从请求产生,或知道或应当知道请求权事由和债务人本人的年末计算。^[107]诉讼时效制度中,首要保护的是债务人利益,因此,平衡保护债权人利益就显得更为突出。可见,在起算点的规则设计上,两制度并非完全不同,归根到底,都要考虑起算时权利人是否能够行使的主观因素,以实现必要时对权利人利益加以保护的目标。

3. 计算的中断

关于中断(Unterbrechung),^[108]我国通说的观点原则上可资赞同,即除斥期间不可以适用诉讼时效关于中断的规定。之所以如此,这是由除斥期间的制度特点所决定的,即一种高度追求维护权利与法律安定的制度,自然不能容忍权利的相对义务人通过某些承认行为而引起期间重新计算的后果。显然,允许当事人通过自己的主观因素来不断延展期间,与除斥期间追求法律安定与清晰的目的相违背。对有些权利人来说,例如权利人的行使行为一经做出通常权利即告实现的情形,本身也不会发生权利人通过行使行为而使期间中断的后果,因而没有中断可能。例如因重大误解产生的撤销权。权利人在撤销权期间内一旦行使撤销权,撤销后果通常立即实现。此时,除斥期间通常不会适用诉讼时效的中断规则。

但是,如果中断事由是当事人磋商和提起诉讼这类事由,是否适用除斥期间则深值研究。虽然中断与中止、停止、起算等因素一样,都是为了保护债权人利益,以与对债务人和社会公共利益保护相平衡,但磋商等这些事由均常表现为开始之后的持续状态,而非一过性的行为,故不宜作为中断事由。否则,面对中断之后的持续状态,我们是否将其计算即刻开始的时效中断,就会成为问题。本文认为,现行法下,至少这些因素应作为可能导致除斥期间不经过的事由。

4. 中止与停止

诉讼时效有期间的中止制度。德国《债法现代化法》在对时效制度进行改革时还增加了一种时效的停止。

[106] “撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的,该撤销权消灭。”另外,从最高人民法院司法解释“合同法解释一”第8条来看,似乎最高人民法院对这里第1句中1年期间的情形是否属于除斥期间没有信心,因为在列举时并未提及而只提及后句的5年情形。

[107] 参见《德国民法典》第199条。

[108] “中断(Unterbrechung)”概念由于词不达意,在2002年《德国民法典》修订后被弃用,而改用更符合制度内容的“重新计算(Neubeginn)”,其中断事由也做大幅度调整。堪称合理。Vgl. *Wendtland*, a. a. O., S. 73 ff.

中止(Ablaufhemmung)^{〔109〕}是指期间经过的停止进行,即时效经过至行将结束前的一定阶段(6个月),发生了权利人不便行使其权利的客观事由,从而需要中止已经进行的时效期间,待该事由结束后再重新恢复该期间计算的制度。中止是为了防止因出现丧失行为能力等事件妨碍权利行使时导致适用时效制度不公正,是法律通过一般正义思想对债务人利益以及法律安定与和平利益保护的矫正。这种矫正思想与除斥期间的目的并不存在必然冲突。虽然除斥期间制度中的法律安定性要求要高于诉讼时效,但是正义的实质要求与除斥期间的目的性之间也绝非排斥关系。这是因为,实质正义永远是法律制度所追求的最高目标,只要实质正义具有更高的价值且能够实现,任何法律制度都不应该停下脚步。因此,除斥期间在必要时,可以适用关于时效中止的规定,特别是其中关于因不可抗力原因的中止。总之,正像德国法理论与实务中所总结的那样,对每一个具体的除斥期间都需要逐一考量其是否可以适用时效中止的规定,不可以简单地予以肯定或者否定。其利益关系与前述“中断”部分的分析相同。实际上,德国现今的判例与学理比较一致地认为,尤其是《德国民法典》第210、211条关于无行为能力与遗产情形的中止规定可以适用于某些除斥期间的规定。^{〔110〕}对此,德国法判例与学理会有详细的关于哪些适用与哪些不适用的整理。^{〔111〕}

停止(Hemmung)是德国新债法新规定的类似于中止的一般制度。在德国债法改革之后,停止成为有利于债权人的关于期间计算的最重要制度,因为旧法中很多原本属于中断的事由都被转移到停止制度中来,比如原来作为中断事由的债权人主张债务以及提起诉讼,在新法中都作为停止事由。^{〔112〕}停止的效果是停止期间不计算入已经开始的时效期间。^{〔113〕}时效停止不同于中止之处主要在于,停止事由不要求在期间结束的最后阶段发生,而是可以发生在期间的任何阶段,^{〔114〕}中止则要求中止事由须在时效期间结束前的最后6个月内发生。停止的事由由法律规定,如争议交涉、诉讼或仲裁、不可抗力等。德国法理论与实务中对除斥期间是否适用停止的规定,存在较详细研究。人们认为,除斥期间通常也可以适用第203条(关于磋商的停止)以及第206条(关于不可抗力的停止事实构成)^{〔115〕}的规定。

我国现行法没有区分停止与中止,只有中止制度。但实际中我国司法解释的某些规定,在一定程度上也承认类似停止制度的情形。《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的

〔109〕 德国2002年《债法现代化法》对时效制度的改革中原“中止(Hemmung)”一词在新法中被赋予了新的含义,本文译为“停止”,而新概念“Ablaufhemmung(字面意思系‘经过停止’)”相当于传统的“中止”含义,故译为“中止”,也有意译为“不完成”。

〔110〕 Säcker/Rixecker/Grothe, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., Vorbemerkung zum § 194 ff. Rdn. 11.

〔111〕 a.a.O. Rdn. 11.

〔112〕 Wendtland, a.a.O., S. 43 ff.

〔113〕 Wendtland, a.a.O., S. 55 ff., Rdn. 115.

〔114〕 Wendtland, a.a.O. Rdn. 11.

〔115〕 Säcker/Rixecker/Grothe, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., Vorbemerkung zum § 194 ff. a.a.O. Rdn. 11.

规定》(2008)(以下简称《时效规定》)第15条^[116]所规定的因向有关机关寻求争议解决的期间处理,虽然是按中断处理,但其第2款规定新期间从知道或应当知道处理结果时重新开始,实际上相当于处理期间时效处于停止状态。其实,这里的所谓“中断”,在有关机关的处理阶段,本质上仍属于时效的停止计算,它不同于真正中断事由,中断是在事由发生后即刻重新计算。^[117]未做同样处理的第14条^[118]则会存在处理时间过长而须再转由其他有权机关处理时期间计算不合理的风险。

对中止与停止情形的利益考虑关系,与前述起算点有某些相似之处。因为此处如果不考虑正义关系,个案显然就欠缺公正性,其重要程度超出权利安定所要保护的范畴,故应优先保护公正性不受罹害。本文第一部分所提及的房屋买卖面积欺诈案^[119]即清楚说明,肯定撤销申请的仲裁裁决被法院撤销后,权利人再起诉时已经过1年除斥期间,如固守除斥期间不变的教条将导致严重的不公正。因此,按照纠纷在有权机关处理阶段即停止计算期间处理,具有正当性。在我国现行法中,该案可考虑类推适用《时效规定》第15条第2款精神,按“中断”(实际应为“停止”)处理。

(二)依意思变更期间:缩短与延长

约定变更是当事人通过约定对除斥期间或时效期间加以缩短或者延长,它与约定放弃或单方面的放弃不同。后者是指当事人通过约定或单方面地抛弃期间届至后的利益。

对诉讼时效制度来说,是否可以约定变更,取决于立法政策对时效制度目的的侧重。如制度更侧重法律安定与和平利益,则会否定当事人变更;反之,如侧重债务人利益保护,则会允许变更。德国旧法采取前一态度,2002年德国《债法现代化法》原则上改采后一态度,而仅在最长时效上否定当事人约定缩短时效期间(新《德国民法典》第202条)。“时效经过前债务人明示或可推断的放弃表示,有效。”^[120]这是一个非常有趣的现象,在立法目的未修改的前提下,具体规则发生了性质改变,由原则上的强制规范变成了原则上的任意性规范。但是,实际上我们还是可以通过解释看出,立法目的的侧重点实际发生了偏移。如前所述,诸如拉伦茨等学者都开始特别强调时效制度主要是保护债务人利益,兼顾社会公共利益。我国理论与实务均仍

[116] 权利人向公安机关、人民检察院、人民法院报案或者控告,请求保护其民事权利的,诉讼时效从其报案或者控告之日起中断。上述机关决定不立案、撤销案件、不起诉的,诉讼时效期间从权利人知道或者应当知道不立案、撤销案件或者不起诉之日起重新计算;刑事案件进入审理阶段,诉讼时效期间从刑事裁判文书生效之日起重新计算。

[117] 崔建远教授敏锐地注意到这一问题,并从解释论角度主张不可以对“中断”采文义解释,否则会造成“不应有的后果”。参见崔建远等,见前注[2],页277-278(崔建远执笔)。

[118] 权利人向人民调解委员会以及其他依法有权解决相关民事纠纷的国家机关、事业单位、社会团体等社会组织提出保护相应民事权利的请求,诉讼时效从提出请求之日起中断。

[119] 参见孙玉玺,见前注[7],页62。

[120] *Säcker/Rixecker/Grothe*, *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Aufl., § 202, Rdn. 13.

采取德国旧法态度,这从最高法院《时效规定》^[121]中即可清楚看出。但是,这一态度是否值得改变,深值研究。

对除斥期间可否通过约定来改变期间的长度,甚至放弃呢?由于在除斥期间中立法目的更侧重保护社会公共利益,对规则的强制性要求就更高。因此,与对待时效一样,我国法律理论与实务认为这也是不允许的。德国法实务上的态度与我国也大致相同,对法律规定的除斥期间的约定变更必须有法律的明确许可,^[122]不允许放弃遵守法定除斥期间。^[123]《慕尼黑民法典评注》认为,除非法律明确允许,主张请求权的除斥期间不可以通过当事人约定予以延长,这是除斥期间法律本质的要求。对已经经过的期限,不允许对此先前状态重新设置。如果一个请求权因除斥期间经过而归于消灭,只可以考虑通过合同来重新订立。通过合同设立的除斥期间,如果涉及负担人的一项不可放弃的权利(比如主张决议瑕疵的成员权),该期间须接受法院的内容审查。约定除斥期间原则上是允许的,但是如果在长度上过短,应保持适当期间长度。^[124]

与此相关的是期间届满后对期间利益的抛弃。我国理论与实务都采取绝对否定的态度,即不得抛弃。《时效规定》第2条明确规定“不得预先放弃诉讼时效利益”。因此通过反对解释可以得出:到期的时效利益可以抛弃。1997年法复[1997]4号《最高人民法院关于超过诉讼时效期间当事人达成的还款协议是否应当受法律保护问题的批复》的规定可以予以印证。^[125]德国法亦同。时效经过后做出的放弃表示不受限制,因为债务人此时已没有保护必要性。^[126]对除斥期间来说,期间经过后也不得抛弃,此为我国通说。德国理论则认为,法定除斥期间一旦经过,法定效果即自动发生,故在理论解释上属于无法抛弃。就实际利益而言,当事人可重新设立一个与经过除斥期间消灭的权利在内容上相同的权利义务关系,只不过这是一个全新的权利,而非已消灭权利的续存或复活。^[127]这种理论更具说服力。

可见,无论在期间的长度变更约定上,还是期间届满后的利益抛弃上,由于时效与除斥期间的立法目的与所保护的利益关系强弱及侧重点的不同,两种制度在变更与抛弃的规则上表现也不一样,但是一定程度上的相同性仍然存在。

通过以上调整手段的分析可以看出,除斥期间与时效的本质和目的差异以及背后存在的利益差异,使得法律在运用这些手段进行调整时存在一定的区分与重合。其中,对更多追求保

[121] 第2条:当事人违反法律规定,约定延长或者缩短诉讼时效期间、预先放弃诉讼时效利益的,人民法院不予认可。

[122] OLG München HRR 1940, 27; OLG Celle WM 1975, 652, 654.

[123] OLG München HRR 1940, 27.

[124] Säcker/Rixecker/Grothe, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., Vorbemerkung zum § 194 ff., Rdn. 12.

[125] 该批复的主要内容是:“超过诉讼时效期间,当事人双方就原债务达成的还款协议,属于新的债权、债务关系”,“该还款协议应受法律保护。”

[126] Münchener Kommentar, Vorbemerkung zum § 202., Rdn. 13.

[127] Grawein, a.a.O., S. 176.

护公共利益的除斥期间制度来说,与除斥期间经过的基本后果(权利消灭)保持一致,这些手段的调整方式是法院须依职权行使、不得对除斥期间约定缩短、延长或放弃、期间届满后权利自动消灭因而无法放弃、以及部分期间中断事由不得适用。同时,对除斥期间中需要更多考虑当事人个人利益保护的情形,除斥期间在本质上就与时效非常接近,故调整手段也更为接近,比如可灵活适用起算点、部分情形可适用中止、停止甚至中断的时效规定等。因此,就差异程度而言,部分因素在二者之间表现出了极高的差异度,属于绝对差异因素,如权利消灭、依职权行使、期间届满后的利益抛弃;有些则表现出较小的差异性,属于相对差异因素,如中止、停止、约定变更与起算等;而中断在我国现行法中由于包含事由广泛,可以算作介于绝对与相对之间的情形,属于偏强的相对差异因素,而在德国现行法中则属于绝对差异因素。

总之,关于除斥期间是否可以适用关于诉讼时效的一般规定,我们不可简单操作,而应在充分考虑具体情形下除斥期间制度的目的与利益关系的基础上做出判断。原则上,“在法律有规定时或者除斥期间的精神与目的允许时,时效规定可准用于除斥期间。”^[128]

六、结 语

任何科学体系都是建立在准确、清晰的概念之上。概念是学科体系赖以建立的基础,无论是社科法学还是教义学,舍此都无法准确表达专业思想,无法进行有效交流,无法使学科达到尽可能科学的程度。

随着我国法学研究水平的不断深入,研究能力的不断增强,对我们过去习以为常的概念做溯源性整理,对概念的内涵、外延、功能与目的、特征,以及概念相互之间、概念与相关制度之间关系等的深入研究,应当成为我们今后相当长一段时间里不可忽视的研究方向。通过这种研究,我们可以更深入与准确地使用相关概念,加深对概念本身以及对制度本质的认识,能够更好地构建与完善适合我国国情的法学理论体系。相对于有着上千年法学传统的西方而言,梳理这些基本概念与相关制度对继受西方法学不久的我国来说显得尤其必要与迫切。因为对来自异域法学的继受,尤其是对在一个文化背景包括语言文字完全都不同国度中继受异域法学来说,必定是从浅显的知识与简单的形式开始的。随着学习的深入,我们也必然要超越形式,再回归形式,赋予形式以精准的精神内涵。

民法典制订工作正紧锣密鼓地进行。这需要我们以更坚实的基础概念,搭建起法典体系的大厦。本文的研究属于部门法学的基本范畴研究类型,并提出了对传统概念具有一定冲击性与挑战性的结论。因此,本文远远不是定论,而仅仅是一个开始:一个期待对该概念能引起对除斥期间这一概念做深入讨论的开始,一个期待深入梳理更多基础概念的开始。作者希望,在学者们的共同努力下,我国未来的民法典能够建立在坚如磐石的确定概念之上。相信以确定、精准的基础概念为基石,我国的法治之路必将走得踏实、走得长远。概念法学的时代虽然

[128] *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, 11. Aufl. 2004, § 194, Rdn 5, S. 139.

已被超越,但准确概念体系的构建与存在仍旧是利益法学以及评价法学的基石。

Abstract: The Cut-off Period or Preclusive Period (Ausschlussfrist in German) is often understood as predetermined period for the existence of a private right in both Chinese legal theory and practice. And compared to the limitation or prescription, it is characteristic of only one object to apply (i.e. the right to alter the legal relationship or *Gestaltungsrecht*), unvariable period (therefore it cannot be suspended and interrupted), etc. These conclusions we learned from foreign countries are neither integrate nor accurate, and they are also lack of theoretical argumentation. The Author held the opinion that, the notion of predetermined period for the existence of a private right is for a right period in a broad sense, including cut-off period and the right period in a narrower sense. The right period in narrower sense refers to an existence of period for a right that whether that right should be performed will not be concerned by law, while the cut-off period means an existence of period for a right which should be performed, because the right not to be performed would always exert some influences upon the interests, and therefore will cause interest status uncertain and/or unclear unless the law regulates such performances. Prescription belongs to also the cases which require the law to regulate especially, however, its legal consequence of limiting to right itself is different with the cut-off period. In the right-influenced-by-time systems, they can be divided according to the degree of influence into an order, that is, the right period (in narrower sense), cut-off period, the forfeiture (*Verwirkung* in German) and the prescription. Among them, the time will place more restriction on cut-off period than on prescription. In essence the differences between the two systems, i.e. the cut-off period and prescription, are showed by different restrictive measurements. The elements of influences depend on different needs to protect variable interests. That is to say, the legislator should balance the interests between or among the right holders, its obligators and/or social public interest which is reflected often by the protection of obligators, such as legal certainty. Of cause, the concrete balancing standard depends on the legal policy. Therefore, the fundamental standard to divide the two systems bases on the analyses of interest, any outer standards serves as only a preliminary one. Due to the balances in the two systems are sometimes overlapped, it is very hard to tell the two systems by reliance barely on the outer standards.

Key Words: Cut-off period; Prescription; The Right Period; Balancing of Interests; Legal Policy

(责任编辑:许德风)